Die akzessorische Natur der Teilnahme.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Sakultät der Sriedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Berolzheimer

aus Nürnberg

Akzessist bei der K. Regierungsfinanzkammer von Oberbayern in München.

Approbiert am 3. November 1908.

München 1909.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

110

Referent: Universitäts-Professor Dr. Ph. Ullfeld.

Inhaltsverzeichnis:

		Seite
	Einleitung	1
	Geschichte	1
§ 1.	Die italienischen Praktiker	1
§ 2.	Die Folgezeit bis Feuerbach	2
§ 3.	Die Zeit nach Feuerbach bis zum RStGB.	3
§ 4.	Das geltende Recht und die wissenschaftliche Begründung der akzessorischen Natur der Teilnahme im Sinne desselben	8
§ 5.	Die Auffassung der Teilnahme de lege ferenda	14
	Die Konsequenzen aus der akzessorischen Natur der Teilnahme.	
§ 6.	Die erfolglose (mißlungene) Anstiftung	17
§ 7.	Rücktritt des Anstifters	19
§ 8.	Der agent provocateur	21
§ 9.	Mittelbare Täterschaft	23
§ 10.	Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, insbesondere die Behandlung der Standesverbrechen	28
§ 11.	Exzeß des Täters	32
§ 12.	Irrtum	33
§ 13.	Verbrechenskonkurrenz	35
§ 14.	Ort und Zeit	38
§ 15.	Mittäterschaft	45
§ 16.	Zusammenhang zwischen akzessorischer Natur der Teilnahme und Kausalitätsproblem	51
§ 17.	Fortsetzung von § 16, zugleich Schlußbetrachtung	53

Benützte Werke:

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. 1907.
— Lehrbuch des Internationalen Privat- und Strafrechts. 1892.
Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, Inaugural-Dissertation. 1904.
Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1907.
— Handbuch des Strafrechts. 1885.
v. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. 1890.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.
Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. bis 7. Aufl.
Goltdammer, Die Materialien zum Preußischen Strafgesetzbuch.
Haas, Mehrtäterschaft. Dissertation. 1898.
Hälschner, Deutsches Strafrecht. Bd. 1. 1881.
— Preußisches Strafrecht.
Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach. Freiburg 1896.
Herzog, Gerichtssaal XXX.
Höpfner, ZStW. 26. 579, 27. 465.
v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871.
Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. 1902.
Klein, Peinliches Recht. 1799.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Mannh. 1890—97.
Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Tübingen 1855.
Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters. 1901.
Luden, Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. 1847.
— Abhandlungen. 1. Bd. 1836. 2. Bd. 1840.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. und 17. Auflage. 1908.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts. 1907.
— Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. 1904.
Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.
Olshausen, commentar zum Strafrecht. 7. Auflage. 1905.
Schütze: Notwendige Teilnahme am Verbrechen. 1869.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. II. Allgemeiner Teil.

Die akzessorische Natur der Teilnahme.

„Subjektiv", „objektiv", „Selbständigkeit", „Unselbständigkeit der Teilnahme",

das sind die Rufe, die lauter denn je auf dem Kampfplatze der feindlichen strafrechtlichen Theorien erschallen. Wohl begreiflich, namentlich im Hinblick auf die in Aussicht stehende Neuschaffung eines Reichsstrafgesetzbuches! Denn einmal bildet die Lösung der Probleme, die sich hier vor uns auftun, eine Fülle von Schwierigkeiten, dann aber ist die Art ihrer Lösung von der weittragendsten Bedeutung: Hängt doch von ihr unter Umständen die Ehre, die Freiheit, ja vielleicht das Leben des Einzelnen ab.

Während aber bisher fast ausschließlich der Gegensatz „subjektiv", „objektiv" eine eingehende theoretische Untersuchung erfahren hat, wurde der an zweiter Stelle genannte Gegensatz, der die akzessorische Natur der Teilnahme betrifft, in der Literatur bis in die jüngste Zeit sehr stiefmütterlich behandelt; sind wir recht orientiert, so ist hierüber, abgesehen von den Erörterungen in v. Birkmeyers Teilnahme nur eine einzige Monographie erschienen.[1]) Im folgenden soll daher die Theorie von der akzessorischen Natur der Teilnahme auf ihre wissenschaftliche Haltbarkeit hin untersucht, in ihren Folgerungen klargelegt und zugleich in ihrem Zusammenhang mit anderen Problemen strafrechtlicher und psychologischer Natur aufgedeckt werden.

Zuvor jedoch ein kurzer geschichtlicher Überblick, bei dem insbesondere etwaige Abweichungen von den von Bauer in seiner Monographie dargelegten Anschauungen hervorgehoben werden sollen.

§ 1. Die italienischen Praktiker.

Daß die italienischen Praktiker die akzessorische Natur der Teilnahme anerkannten, hat Heimberger[2]) in überzeugender Weise dargetan. Dieser Meinung hat sich denn auch die weitaus überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller angeschlossen. Anderer Ansicht ist

[1]) Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, die im folgenden noch öfters zitiert werden wird.

[2]) Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen S. 35 ff.

v. Liszt, den meines Erachtens aber Heimberger treffend widerlegt hat, ferner Bauer in seiner früher genannten Dissertation. Auf S. 6 derselben bezeichnet dieser als communis opinio der damaligen Zeit, Teilnehmer und Täter unabhängig voneinander zu strafen. Bauer kommt zu dem irrigen Schluß auf die Weise, daß er einzelne schwierige Fälle z. B. die mißlungene Anstiftung (S. 4), die Freisprechung des Mandatars (S. 6), die von den italienischen Juristen allerdings nicht im Einklang mit der akzessorischen Natur der Teilnahme entschieden wurden, herausgreift und hieraus das obige Resultat ableitet. Es leuchtet aber sofort ein, daß es nicht angeht, aus der Entscheidung einzelner zweifelhafter Fälle auf das geltende Prinzip zu schließen.

Daß Bartolus als konsequenter Vertreter der extremsten objektiven Richtung erscheint, gibt auch Bauer zu (S. 8). Er meint jedoch, die Ansicht des Bartolus hätte schon in der italienischen Jurisprudenz die communis opinio gegen sich gehabt.

Dies dürfte jedoch nicht richtig sein. Denn gerade die hervorragendsten italienischen Juristen (vgl. § 1 des Heimbergerschen Werkes) haben die Ansicht des Bartolus geteilt.

Der Hinweis auf die Gegnerschaft des Baldus (S. 39) ist verfehlt, da diese lediglich eine einzelne Frage, den Einfluß der straferhöhenden Eigenschaften des Täters auf die Bestrafung der Teilnehmer betrifft.

Wir gelangen sonach zu dem Ergebnis, daß die italienische Jurisprudenz die Unselbständigkeit der Teilnahmehandlungen vertrat.

§ 2. Die Folgezeit bis Feuerbach.

In der Folgezeit hat die Lehre von der Teilnahme keinerlei Fortschritt gemacht; man ist über das, was die Italiener geschaffen haben, nicht hinausgekommen.

So erscheint es ganz natürlich, daß die Jurisprudenz dieser Periode im Anschlusse an die italienischen Juristen überwiegend die akzessorische Natur der Teilnahme vertrat.

Diese Anschauung wird auch heute allgemein geteilt.

Gegner derselben ist, wie schon aus den Ausführungen des vorigen Paragraphen hervorgeht, v. Liszt[1]), der die Ansicht vertritt, die Auffassung von der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft sei die alleinherrschende bis ins 19. Jahrhundert gewesen; auf dem gleichen Standpunkt steht Bauer in seiner bereits öfter genannten Dissertation; er hält es[2]) für bezeichnend für die gemeinrechtliche Doktrin zu Beginn des 19. Jahrhunderts, daß sie die Anstiftung als Urheberschaft auffaßte.

[1]) Strafrecht S. 215 Anm. 4.
[2]) S. 9 unten.

Letzteres ist richtig. Allein Bauer übersieht ebenso wie v. Liszt, daß trotz dieses Urheberbegriffs nach wie vor tatsächlich an der Unselbständigkeit der Teilnahme festgehalten wurde.[1])

Es genüge zum Beweise hiefür auf Carpzov zu verweisen. Er[2]) betrachtet Anstifter und Angestifteten als Täter, will beide gleichmäßig bestraft wissen und führt als Grund hiefür u. a. den Satz an:

Quod quis per alium facit, per seipsum facere censetur. Nichtsdestoweniger betont er die akzessorische Natur der Anstiftung: Mandans tenetur ex ipso delicto propter mandatum, non tamen pricipaliter ex mandato.

Man sah sonach die akzessorische Natur der Teilnahme als wohl vereinbar mit dem Urheberbegriff an.

§ 3. Die Zeit nach Feuerbach bis zum RStGB.

Auch in der Zeit nach Feuerbach war die Anschauung, daß die Teilnahme unselbständig sei, die weitaus in der Wissenschaft überwiegende; fällt doch in diese Periode ihre wissenschaftliche Begründung durch Luden und weiterhin durch Schütze.

Es erscheint daher geboten, deren Theorie näher zu betrachten, insbesondere die Ludens, denn wenn er auch dieselbe später wieder aufgegeben hat,[3]) so ist sie doch deshalb wichtig, weil sie geeignet ist, uns das Verständnis für die Theorie v. Birkmeyers zu vermitteln; bei diesem finden sich die Gedanken Ludens wieder, nur etwas modernisiert.

Luden (Bd. II S. 349 ff.) geht von dem zweifellos richtigen Satz aus, daß der Mensch nur durch sich selbst und seine eigenen Handlungen und nicht durch Handlungen anderer Menschen Verbrechen begehen kann. Es entsteht somit die Frage, wie der Entschluß des Täters und die aus diesem hervorgehende verbrecherische Handlung zugleich als die Handlung des Teilnehmers angesehen werden kann.

Luden antwortet hierauf: Dies ist nicht anders denkbar, als daß der Teilnehmer den Entschluß des Täters sich angeeignet und folgeweise die aus demselben hervorgehende Tätigkeit zu der seinigen gemacht hat . . . ohne das Wissen und den Willen, daß der andere verbrecherisch handle, ist daher keine Teilnahme möglich.

Also: die verbrecherische Tätigkeit des einen ist zugleich die des anderen, weil dieser sie kennt und sie will; dahin ist offenbar die „Aneignung" zu verstehen. Damit wird der Teilnehmer zum Täter: ein Platz aber für die akzessorische Natur der Teilnahme ist nicht mehr vorhanden.

[1]) Bar, Schuld und Strafe Bd. 2 § 306.

[2]) Qu. 4n 13.

[3]) Luden Str.R. I S. 462 Anm. 2. Seine neue Theorie — Str.R. I S. 435 bis 438 — kann man füglich übergehen. Vgl. das zutreffende Urteil Köstlins System Bd. I S. 277 Anm. 2.

Mit dieser Argumentation, dächte man, sei Luden bei dem subjektiven Standpunkt angelangt. Kommt er doch merkwürdigerweise auch zu der Anschauung, daß, wenn der Instigierte das Mandat nur scheinbar angenommen hat, ohne im Ernste zur Ausführung geneigt zu sein, wirklich vollendete Teilnahme vorliegt!

In diesem Fall handelt es sich lediglich um gedankliche Vorgänge, irgendwelche Manifestierung des verbrecherischen Willens ist nicht erfolgt.

Und er motiviert auch diese Entscheidung damit, daß die Römer in einem ganz ähnlich gelagerten Falle ebenso entschieden hätten, eben die Römer, von denen er an verschiedenen Stellen — so z. B. § 362 l. c. — betont, daß sie im Gegensatz zum objektiven Standpunkt des deutschen Rechts den subjektiven Standpunkt vertraten.

Aber sofort zeigt sich, daß Luden durchaus nicht etwa der Ansicht ist, daß sich die akzessorische Natur der Teilnahme mit seinen eben besprochenen Ausführungen nicht vertrage.

Bei der Erörterung der Strafbarkeit der Teilnehmer S. 364 ff. sagt er: „Der Teilnehmer bringt zwar das Verbrechen hervor, indem er durch die oft besprochene Aneignung die Tätigkeit des anderen zu der seinigen macht. Allein daraus folgt noch nicht, daß in jeder Teilnahme in der Weise die Ursache für die objektive Existenz des Verbrechens liege, daß dasselbe nicht noch daneben in einer anderen Handlung seine ausschließliche und alleinige Entstehungsursache haben könnte."

Und S. 366: „Von dem anderen (Teilnehmer) bleibt es zwar auch wahr, daß er das Verbrechen hervorgebracht hat, weil die Handlung von jenem auch die seinige ist; allein es bedurfte seiner Handlung nicht, um das Verbrechen zur Existenz zu bringen, wenn, wie vorausgesetzt wird, dasselbe aus der Handlung von jenem allein hervorgegangen war."

Wie diese Widersprüche aufzuklären sind, ist rätselhaft. Der Teilnehmer hat das Verbrechen hervorgebracht, er ist also kausal für das Verbrechen und deswegen wird er auch gestraft. Darin gipfelten die bisherigen Ausführungen Ludens. Nun aber ist plötzlich die Handlung des Teilnehmers nicht mehr nötig um das Verbrechen hervorzubringen, sie ist also nicht kausal: Damit sind wir bei der Straflosigkeit des Teilnehmers angelangt.

Zugleich lenkt Luden mit den letzten Darlegungen in die Bahnen v. Birkmeyers ein. Er will bezüglich der Strafbarkeit der Teilnehmer unterscheiden, ob von deren Handlungen mit juristischer Gewißheit (!) feststeht, daß ohne dieselben das Verbrechen ungeschehen geblieben sein würde; in diesem Falle seien sie wie Urheber zu strafen, sonst weniger.

Sobald man jedoch sagen kann, das Verbrechen wäre ohne die Handlung eines Dritten ausgeführt worden, fehlt es an der Kausalität; in diesem Falle müßte, wie bereits betont, stets Straflosigkeit eintreten.

Der gleiche Unterschied zwischen den Handlungen, die notwendig waren zur Begehung des Verbrechens und solchen, die es nicht waren, findet sich auch bei v. Birkmeyer; nur spricht dieser von Ursache und Bedingung.

Auch darin stimmen beide überein, daß sie unter den ersteren Handlungen Tatbestandshandlungen verstehen. Über die Theorie v. Birkmeyers wird später noch die Rede sein.

Die Theorie Schützes ist für uns von geringerem Interesse. Es soll daher nur kurz zu derselben Stellung genommen werden.

Nach Schütze (Die notwendige Teilnahme am Verbrechen S. 169 ff.) ist jeder von mehreren bei Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges schuldhaft Beteiligten zu strafen nach Beschaffenheit und Umfang seines äußeren Tatanteiles und seines inneren Schuldanteiles an dem verbrecherischen Ergebnis.

Dieser leitende Gesichtspunkt ist aber ein ganz irriger.

Von „Anteilen" an einem verbrecherischen Erfolg kann man nicht reden, weil dieser unteilbar ist; am allerwenigsten aber kann man diesen Anteil gar ziffermäßig bestimmen wollen, wie es Schütze tut.

Ferner: Wie kann jemand für die ganze Tat bestraft werden, wenn er diese bloß anteilsweise verursacht hat? Dieser Gesichtspunkt trifft bei der Anstiftung und Beihilfe zu.

Bei der Anstiftung zeigt sich die Hinfälligkeit der Theorie auch darin, daß bei dem Anstifter dessen Tätigkeit eine rein geistige ist, also überhaupt ein Tatanteil fehlt; das Verbrechen ist ja des Täters Tat, das muß Schütze selbst einräumen.

Konsequent müßte Schütze sonach zur Straflosigkeit des Anstifters gelangen.

Allein nun sagt er: . . . . . „doch zeigten wir bereits, daß bei näherer Zurückführung der Tat auf deren Ursache, den Willen dennoch die geistige Mitwirkung des anstiftenden Willens in der gesamten diesem entsprechenden Tat beschlossen liegt." S. 253 l. c.

Abstrahieren wir von dem Bild, so heißt das doch nichts anderes, als daß die geistige Tätigkeit des Anstifters die Tat des Angestifteten hervorgebracht hat und daß darin der Grund liegt, warum der Anstifter gestraft wird. Dieses schließliche Ergebnis Schützes dürfte mit dem Ausgangspunkt seiner Darlegungen schwer in Einklang zu bringen sein.

Schließlich gilt es noch Stellung zu nehmen zur Behauptung Bauers S. 24 ff., erst mit dem Preußischen Strafgesetzbuch habe gemäß dem adoptierten französischen Rechte die akzessorische Natur der Teilnahme in Deutschland Eingang gefunden.

Richtig ist, daß das französische Recht auf dem Standpunkt des extremsten Objektivismus im Sinne Bartolus' steht, daß es demnach der vollständigen Unselbständigkeit der Teilnahmehandlungen huldigt.

Irrig dagegen ist, daß in Deutschland vor Emanation des Preußischen Strafgesetzbuches die Selbständigkeit der Teilnahmehandlungen anerkannt gewesen wäre, das dürften die bisherigen Erörterungen bereits gezeigt haben.

Zur Erhärtung der Richtigkeit der hier vertretenen Anschauung mag auf einen Gedanken hingewiesen werden, der sich auch bei v. Bar Bd. II S. 592 angedeutet findet.

Ein rohes, erst im Entwicklungsstadium befindliches Recht wird stets an die äußere Erscheinung des Verbrechens anknüpfen; erst mit der Verfeinerung des Rechtes wird der Schwerpunkt mehr und mehr in das Innere des Verbrechers verlegt und der Hauptnachdruck auf den bösen Willen gelegt werden.

Der umgekehrte Werdegang, wie ihn Bauer für das deutsche Recht behauptet, wäre unnatürlich und daher nicht begreiflich.

Gegen die Bauerschen Darlegungen im einzelnen ist folgendes zu erwidern:

S. 24 behauptet er, daß das allgemeine preußische Landrecht entsprechend der damaligen gemeinrechtlichen Anschauung eine Abhängigkeit des Teilnehmers von der Strafbarkeit des Täters nicht kannte. Zum Beweise hiefür zitiert er Köstlin und Hälschner.[1]) Selbst wenn letztere Behauptung, daß das preußische Landrecht die Selbständigkeit der Teilnahmehandlungen anerkannte, zutreffend wäre, wäre noch nichts für die Meinung Bauers bewiesen; denn die gemeinrechtliche Doktrin dachte hierüber ganz anders, als Bauer uns glauben machen will. Das wurde bereits gezeigt.

Die Behauptung dürfte jedoch kaum richtig sein. Bauer stützt sich vor allem auf § 67 des allgemeinen preußischen Landrechtes. Allein der Satz: quod quis per alium facit, ipse fecisse videtur ist viel zu allgemein und mehrdeutig, als daß aus demselben auf die hier interessierende Frage ein sicherer Schluß gezogen werden dürfte.

Haben wir doch gesehen, daß man in der gemeinrechtlichen Doktrin obigen Satz aufstellte und zu gleicher Zeit die Teilnahme unselbständig auffaßte.

Es genügt daher nicht bei dem Wortlaute des § 67 stehen zu bleiben; es ist vielmehr nötig zu erforschen, welche Folgerungen aus diesem Paragraphen in der Praxis gezogen wurden, und eventuell ist nach anderen gesetzlichen Bestimmungen Umschau zu halten, die vielleicht Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage geben können.

Die verschiedene Behandlung der Teilnahme, insbesondere der Anstiftung zeigt sich vor allem bei der mißlungenen Anstiftung.

Hätte Bauer recht, so könnte ein Zweifel über die Strafbarkeit derselben nicht bestanden haben; dem war aber nicht so, die Anschauungen hierüber gingen auseinander.[2])

---

[1]) Der Hinweis auf Klein ist vollständig verfehlt.

[2]) Köstlin, System Ziff. I S. 325.

Nun meint allerdings Köstlin l. c., der ganze Geist des allgemeinen preußischen Landrechtes habe für die Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung gesprochen.

Allein die Grundlage für diese seine Behauptung erblickt er, wie Bauer, irriger Weise wesentlich in dem § 67.

Die Bezugnahme auf diesen Paragraphen geht jedoch, wie oben erwähnt, fehl.

Dagegen dürfte sich die Richtigkeit der hier vertretenen Anschauung aus dem § 64 und vor allem aus § 40 ergeben.

Der § 64 straft als Urheber diejenigen, welche an der Ausführung des Verbrechens unmittelbar teilgenommen haben. Unter unmittelbarer Teilnahme versteht aber das Gesetz, wie sich aus § 71 ergibt, die Ausführung von Tatbestandshandlungen. Das Kriterium für das Vorliegen von Miturheberschaft wird also in rein objektiven Gesichtspunkten gefunden.

Vor allem aber scheint uns gegen die Anschauung Köstlins der § 40 zu sprechen, welcher den Versuch milder bestraft als das vollendete Verbrechen.

Endlich sei noch auf § 71 und 72 des Gesetzbuches hingewiesen, welche die Bestrafung der Beihilfe ebenfalls nach objektiven Gesichtspunkten regeln.

Bezüglich der Ausführungen Hälschners (Preußisches Strafrecht S. 31[illegible], auf die sich Bauer bezieht, ist folgendes zu bemerken. Hälschner sagt:

„Bei der Redaktion des Preußischen Strafgesetzbuches war man von Anfang an entschieden, der gemeinrechtlichen Lehre in der Beziehung zu folgen, daß man die verschiedenen Teilnehmer nach dem Maße ihrer Schuld einer verschiedenen strafrechtlichen Behandlung unterwerfen wollte."

Diese Ausführungen sind allerdings mißverständlich. Davon, daß etwa die gemeinrechtliche Doktrin die Teilnahme in Täterschaft auflöste und den Teilnehmer nach seiner individuellen Verschuldung bestraft hätte, kann nach unseren obigen Darlegungen keine Rede sein.

Von einer verschiedenen strafrechtlichen Beurteilung der Teilnehmer kann man nur insoferne sprechen, als man in deren Tätigkeit nicht die Ursache der objektiven Existenz des Verbrechens finden zu können glaubte, derselben daher lediglich eine mehr oder minder große Bedeutung für das Zustandekommen des Verbrechens zuschriebe und darnach die Strafbarkeit der Teilnehmer abstufte.

Dies die Sachlage vor Emanation des Preußischen Gesetzbuches. Welche Änderung hat nun das Preußische Strafgesetzbuch gebracht?

Unseres Erachtens gar keine; denn wenn die Teilnahmehandlung als solche nicht geeignet war, das Verbrechen zu verursachen, dann konnte auch der Teilnehmer wegen der Teilnahmehandlung als solcher nicht gestraft werden, da diese an und für sich betrachtet nichts Straf-

bares ist. Deren Strafbarkeit konnte sich vielmehr daher stets nur aus der nachfolgenden Begehung des Verbrechens, zu welchem angestiftet wurde, ergeben.

Lediglich dieser Gedanke scheint es uns zu sein, den das Preußische Strafgesetzbuch im Verfolge der gemeinrechtlichen Doktrin aussprach, wenn es im § 35 bestimmte, daß auf den Teilnehmer dasselbe Strafgesetz anzuwenden ist, welches auf den Täter Anwendung findet.

Es wäre also nach dem Gesagten unseres Erachtens unrichtig, würde man aus den obigen Sätzen Hälschners herauslesen, daß die gemeinrechtliche Doktrin die Teilnehmer nach ihrer individuellen Verschuldung bestrafte; denn diese Interpretation würde, wie wir gezeigt haben, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht in Einklang zu bringen sein.

§ 4. Das geltende Recht und die wissenschaftliche Begründung der akzessorischen Natur der Teilnahme im Sinne desselben.

§ 48 unseres Reichsstrafgesetzbuches bestimmt in seinem Absatz 1: Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Der Absatz 2 dieses Paragraphen lautet: Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

§ 49 bestimmt Analoges für den Gehilfen.

Daraus folgt, daß Voraussetzung für die Bestrafung der Anstiftung ist, daß eine strafbare Handlung begangen wurde, ebenso Voraussetzung für die Bestrafung des Gehilfen, daß das von ihm geförderte Verbrechen oder Vergehen begangen worden ist. Aus dem Absatz 2 des § 48 bzw. 49 ergibt sich, daß für die Bestrafung des Anstifters bzw. Gehilfen maßgebend ist das Strafgesetz, das auf den Täter Anwendung findet.

Damit bekennt sich das positive Recht zur akzessorischen Natur der Teilnahme.

Dahin geht auch die weitaus überwiegende Anschauung in der Literatur, und selbst die, welche de lege ferenda die selbständige Stellung des Teilnehmers befürworten, erkennen an, daß das positive Recht den entgegengesetzten Standpunkt vertritt.

Soviel wir sehen, sind es nur 3 Stimmen, die sich gegen die herrschende Meinung erheben, nämlich Herzog, Kohler und Nagler.[1])

[1]) Binding ist nicht hieher zu rechnen, wenngleich er die Anstiftung zu Selbstverletzungen auch nach geltendem Recht für strafbar hält. Vgl. § 70 I seines Grundrisses. — In der Schaffung seines neuen Urheberbegriffes kann ich einen Fortschritt nicht erblicken, da er höchstens geeignet ist, die ohnehin schon verwickelte Materie noch komplizierter zu gestalten.

Der Beweisführung der drei Genannten ist ein charakteristisches Merkmal eigentümlich. In der Erkenntnis, daß die Regelung, wie sie die Teilnahme durch unser positives Recht erfahren hat, vom wissenschaftlichen Standpunkt aus zu verwerfen ist, sind sie bestrebt, ihre abweichende Anschauung im Gesetze niedergelegt zu finden. Bei dem klaren Wortlaut desselben ist jedoch, wie sich denken läßt, dieses Ziel nur dadurch zu erreichen, daß sie in das Gesetz hineinlegen, was sie aus ihm herauszulesen wünschen.

Herzog[1] knüpft an den Begriff der strafbaren Handlung in den §§ 48, 49 an.

Nach ihm ist strafbare Handlung der Verbrechenstatbestand, aber lediglich hinsichtlich seiner objektiven Merkmale oder wie er sich ausdrückt, „die äußere Verbrechensfigur"; ob dann im konkreten Falle Strafbarkeit eintritt oder nicht, diese Frage läßt die Existenz der strafbaren Handlung ganz unberührt. Die Wirkung dieser Theorie wäre, daß die häßlichsten Konsequenzen der akzessorischen Natur der Teilnahme vermieden würden. So bestechend aber auch die Beweisführung Herzogs auf den ersten Anblick zu wirken scheint, so sprechen gegen sie doch jedenfalls de lege lata verschiedene Bedenken.

Hier sei nur das eine, weil durchschlagendste, hervorgehoben.

Daß der Begriff „strafbare Handlung" unmöglich in Herzogschem Sinne ausgelegt werden kann, ergibt der Absatz 2 des § 48, der von dem Gesetz spricht, welches auf die Handlung Anwendung findet . . . Denn eine Handlung kann nur dann unter ein Strafgesetz subsumiert werden, wenn zuvor auch die Schuldseite festgestellt ist, weil das Gesetz d. h. jeder Strafparagraph nicht nur objektive, sondern auch subjektive Merkmale enthält, daher bei Feststellung des Gesetzes, das auf den Täter Anwendung findet, von der Schuldseite nicht abstrahiert werden kann.

Kohler[2] (Studien S. 109) geht davon aus, daß das Prinzip der individuellen Haftung das erste Fundament unseres heutigen Strafrechts sei und daß daher ein Bruch in dieses Prinzip nur dann legislativ gerechtfertigt sei, wenn auf andere Weise die Kulturaufgaben der Gegenwart nicht zu erfüllen seien; seien sie auf andere Weise zu erfüllen, so sei auf andere Weise vorzusehen, soferne nur dieser andere Weg nicht noch größere Mißstände im Gefolge habe. So die Richte für die Gesetzgebung; unsere gegebenen Gesetzgebungen aber seien im Zweifel im Sinne des legislativ Richtigen und Zutreffenden zu interpretieren und etwas Unzureichendes sei nur dann anzunehmen, wenn es uns die Fassung des Gesetzes zur Notwendigkeit mache.

Eine Abweichung von dem oben genannten Prinzip sei aber weder legislativ geboten, noch durch die Fassung des Gesetzes gerechtfertigt.

[1] Gerichtssaal XXX S. 294 ff.

[2] Dessen Ausführungen ebenso wie die Naglers beziehen sich lediglich auf die Anstiftung.

Weder aus der Rubrizierung des Gesetzes könne deratiges entnommen werden, noch aus der Wortfassung; denn die Ausdrucksform, daß als Anstifter bestraft wird, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung bestimmt hat, wolle nichts weiter besagen, als daß eben ein selbstverantwortlicher und strafbarer Täter vorhanden sein müsse, welcher sich die Tat als seine Tat anrechnen müsse, weil er die nötige Reaktion gegen die erregten Motive unterlassen habe. Daß aber darum die Tat nicht auch zugleich als die Tat dessen vorausgesetzt werde, welcher durch Anregung von Motiven die Tat kausiert habe, sei in keiner Weise aus den Worten des Gesetzes zu entnehmen.

Demgegenüber fragen wir mit Bauer, was hat es für einen Sinn, daß, wie Kohler selbst zugibt, das Gesetz das Vorhandensein eines selbstverantwortlichen Täters verlangt, wenn es doch auf der anderen Seite die Anstiftung selbständig behandelt?

Wenn Kohler weiter den Absatz 2 des § 48 dahin verstanden haben will, der Anstifter solle so gestraft werden, wie einer der die betreffende Handlung realiter begeht, so interpretiert er meines Erachtens nicht die Gesetzesstelle, sondern legt ihr einen Sinn unter, den sie nicht hat.[1])

Was endlich den Hinweis auf § 50 StGB. betrifft, so sei folgendes bemerkt.

Auf den § 50 berufen sich sowohl die Vertreter der Ansicht, nach welcher das Strafgesetzbuch auf dem Boden der akzessorischen Teilnahme steht, als auch die Anhänger der entgegengesetzten Richtung. Erstere schließen gerade aus § 50 als einer Ausnahmebestimmung auf die Regel und meinen, daß wenn das Gesetz die akzessorische Natur der Teilnahme nicht habe anerkennen wollen, eine solche Bestimmung überflüssig gewesen wäre.

Die anderen wiederum sehen im § 50 lediglich eine Einzelanwendung der gesetzlichen Regel.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der § 50 weder für die eine noch für die andere Ansicht eine feste Stütze bietet und daher bei Prüfung der Frage, auf welchem Standpunkt unser Recht steht, nicht verwertet werden kann.

Nagler (Die Teilnahme am Sonderverbrechen S. 143) endlich argumentiert folgendermaßen:

Der Anstiftende will den verbrecherischen Erfolg und zwar ist seine Tätigkeit ein Akt der Urheberschaft oder ein Akt bloßen Gehilfentums. Der Umstand, daß das Strafgesetzbuch beide Fälle unter der Kategorie der Teilnahme zusammenfaßt, vermag deren spezifischen Charakter nicht zu ändern. Der Anstifter bleibt Täter im Gegensatz zum Gehilfen.

[1]) Nagler (Die Teilnahme am Sonderverbrechen S. 143 Anm. 2) meint allerdings, die Auffassung Kohlers sei mit dem positiven Rechte sehr wohl verträglich, sie dringe eben unter die Oberfläche des in § 48 StGB. aufgestellten Begriffes!

Nagler gibt zwar zu, daß die Behandlung der Anstiftung im strengsten Anschluß an die Satzungen des Strafgesetzbuches zu erfolgen habe und daß vor allem ihr akzessorischer Charakter gewahrt werden müsse. Damit aber, meint er, stehe nicht in Widerspruch, daß die theoretische Natur der vom § 48 StGB. begriffenen Fälle keine Änderung erleide und, soweit nicht positive Satzungen widerstreiten, zum Durchbruch gelange. Das Gesetz sei nicht allmächtig und erhebe auf eine solche Potenz auch gar keinen Anspruch.

Zur Widerlegung der Naglerschen Ausführungen genügt es darauf hinzuweisen, daß, nachdem einmal das positive Recht sich für die Aufnahme der beiden Teilnahmeformen entschieden hat, nichts übrig bleibt, als sich mit diesen Formen abzufinden und sie so anzuerkennen, wie sie sich in unserem Strafgesetzbuch finden.

Am allerwenigsten aber geht es an, wie es Nagler tut, sich über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen, weil man dasselbe unlogisch findet. Das Unzulässige dieses Verfahrens bedarf keiner weiteren Begründung.

Es steht demnach fest: Unser Reichsstrafgesetzbuch anerkennt die akzessorische Natur der Teilnahme.

War es möglich diese Auffassung auch wissenschaftlich zu begründen? Wir lassen die bedeutendsten Strafrechtslehrer, die sich mit dieser Frage eingehender befaßt haben, Revue passieren.

v. Liszt selbst ist ein überzeugter Subjektivist. Daraus erklärt sich, daß er uns eine eigentliche wissenschaftliche Begründung der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht gibt, daß er vielmehr lediglich vermutungsweise die Frage beantwortet, warum wohl das Strafgesetzbuch die Materie in dieser unwissenschaftlichen Weise geregelt haben mag.

Den Grund glaubt v. Liszt darin zu finden, daß der Gesetzgeber, um die Willensfreiheit zu retten, eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges angenommen hat. Gegenüber dieser Erklärung v. Liszts ist folgendes einzuwenden:

1. Liegt wirklich eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges vor, so ist die notwendige Konsequenz die Straflosigkeit des Teilnehmers. Das erkennt auch v. Liszt an, ohne jedoch darüber uns Aufschluß zu geben, wie unser Strafgesetzbuch nichtsdestoweniger zur Bestrafung des Teilnehmers gelangt.

2. war es nie Sache des Gesetzgebers und wird es auch nie sein, zu in der Wissenschaft bestrittenen Prinzipien derart Stellung zu nehmen, daß er ausgehend von dem einen oder anderen Prinzip als dem allein richtigen weitere Folgerungen zog.

3. wäre Voraussetzung, daß mit der Negierung der akzessorischen Natur der Teilnahme die Annahme der Willensfreiheit unvereinbar wäre. Das Gegenteil wird jedoch später erwiesen werden.

4. wäre nicht zu erklären, warum, worauf v. Birkmeyer in seiner Teilnahme S. 152 treffend hinweist, unser Strafgesetzbuch auch

die Beihilfe in unselbständiger Weise auffaßt, nachdem ja hier der auf Verübung des Verbrechens gerichtete Entschluß des Täters bereits vorhanden ist, mithin die Mitwirkung des Gehilfen den Willen des Täters intakt läßt.

Frank (Strafgesetzbuch S. 20 ff.) geht ebenso wie v. Liszt von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen für den Erfolg aus. An diese rein logische Auffassung des Kausalitätsbegriffes sei jedoch der Gesetzgeber nicht gebunden. So ergebe sich aus § 48 StGB., daß eine solche Bedingung, die nur durch Vermittlung eines freien und bewußten Willens den Erfolg herbeiführt, lediglich Bedingung und nicht Ursache sei. Hieraus leitet Frank den Satz ab, daß Verursachung im Sinne des Strafgesetzbuches nur dann vorliege, wenn die Kausalität eine physische, nicht, wenn sie eine psychisch vermittelte sei.

Hiemit scheint sich jedoch Frank in einen Widerspruch verwickelt zu haben. Denn entweder ist die sog. psychische Kausalität keine Kausalität, dann ist die notwendige Folge die Straflosigkeit des Anstifters, soferne nicht Frank den Anstifter für etwas bestrafen will, was er nicht verursacht hat, oder aber auch die psychische Kausalität ist wahre Kausalität, dann ist dieses Ergebnis Franks wiederum nicht in Einklang zu bringen mit dem Ausgangspunkte seiner Darlegungen.

Die Argumentation von v. Liszt und Frank, beide überzeugte Anhänger der v. Burischen Kausaltheorie, beruht lediglich auf dem Zwang, den ihnen das geltende Recht auferlegt; im folgenden seien im Gegensatz zu diesen die Theorien zweier der bedeutendsten Objektivisten erörtert. Wir meinen v. Birkmeyer und v. Bar.

Bei v. Birkmeyer zieht sich die objektive Theorie und zwar in der von ihm stammenden extremsten Fassung wie ein roter Faden durch das ganze Strafrecht; so konstruiert er aus ihr heraus auch die Lehre von der Teilnahme.

Er unterscheidet zwischen Bedingung und Ursache, Ursache ist ihm die wirksamste Bedingung und zwar ist es die Ausführungs- oder Tatbestandshandlung.

Das Setzen von Bedingungen ist straflos. Gestraft wird lediglich wer das Verbrechen verursacht. Diese Theorie wendet er auf die Teilnahme an und sagt:

Der Teilnehmer setzt im Gegensatz zum Täter, der den verbrecherischen Erfolg verursacht, lediglich eine Bedingung. Das Setzen der untergeordneten Bedingungen eines verbrecherischen Erfolges ist straflos.

Wie kommt aber v. Birkmeyer trotzdem dazu, den Teilnehmer zu bestrafen, wie es unser geltendes Recht tut? Die Antwort findet sich auf S. 126 seiner Teilnahme. Er sagt:

Soll nun der einzelne Teilnehmer wegen des gesamten Erfolges gestraft werden, obwohl er nur einen Teil desselben verursacht hat,[1])

[1]) Daß der Bedingung an dieser Stelle eine Teil-Kausalität zugeschrieben wird, ist bereits widerspruchsvoll.

so ist dies nicht anders denkbar als daß unser Gesetzbuch voraussetzt, daß er durch seine Verschuldung hinsichtlich des gesamten Erfolges ergänzte, was ihm an Verursachung desselben abgeht.

Mit diesem Satz ist die Theorie v. Birkmeyers gerichtet.

Denn derselbe eröffnet lediglich zwei Möglichkeiten: Entweder wird jemand nach v. Birkmeyer für einen Erfolg gestraft, den er nicht kausiert hat, oder aber v. Birkmeyer muß anerkennen, daß der Wille des Teilnehmers den verbrecherischen Erfolg hervorgebracht hat.

Bei Annahme der ersten Alternative wäre ein Fundamentalsatz des Strafrechtes verletzt; im zweiten Falle wäre v. Birkmeyer bei der Theorie v. Buris angelangt.

Dazu kommt noch, daß v. Birkmeyer, um zur Strafbarkeit des Anstifters zu gelangen, die Hilfe unseres Strafgesetzbuches anrufen muß! Bei v. Liszt und Frank war begreiflich, daß sie sich auf das geltende Recht beriefen, da sie, Anhänger der v. Burischen Theorie, den abweichenden Standpunkt unseres Strafgesetzbuchs lediglich zu erklären suchten. v. Birkmeyer dagegen vermag auf Grund seiner Theorie die Regelung der Teilnahme durch das positive Recht nicht zu erklären, wiewohl dieses seinen Standpunkt doch teilt!

Ein weiteres Eingehen auf die Theorie v. Birkmeyers dürfte sich erübrigen, nachdem dieselbe von verschiedenen Seiten, insbesondere von v. Bar in treffender Weise widerlegt wurde.

v. Bar (Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 621) geht vom dolus des Anstifters aus. Nach der herrschenden Ansicht richtet sich dieser auf Herbeiführung des verbrecherischen Entschlusses in dem Täter, zugleich aber auch auf das Verbrechen selbst, insbesondere aber auch auf den zur Vollendung des Verbrechens gehörenden Erfolg.

v. Bar hat vollständig recht, wenn er der herrschenden Lehre vorwirft, daß sie einen Widerspruch enthalte, da die akzessorische Natur der Anstiftung mit einem direkt auf den Erfolg des Verbrechens gerichteten Vorsatze unvereinbar sei.

v. Bar hält daher die Auffassung des Anstiftervorsatzes für richtig, nach welcher der Anstifter vermittelst des von ihm herbeigeführten Entschlusses des Täters die Tat will, wie sie der Anstiftung gemäß vom Täter ausgeführt werden soll. Weiter argumentiert v. Bar folgendermaßen: „Der Anstifter sieht im voraus den Täter tätig werden und will den Erfolg nur mittelbar und bedingt so, wie er ausgehend vom Täter erscheint und auch nur falls er vom Täter ausgeht. Derjenige, dem ein bloßes Werkzeug den Dienst versagt, hat deshalb nicht minder mit einem strafrechtlich in Betracht kommenden Vorsatz gehandelt. Aber man nehme den Täter fort, und es bleibt vom Vorsatze des Anstifters nichts übrig, was rechtlich noch in Betracht käme. So korrespondiert mit der Bedingtheit des Anstifterdolus die akzessorische Natur der Anstiftung.

Gegen diese Beweisführung v. Bars bestehen folgende Erinnerungen:

Mit der herrschenden Ansicht gegen die Anschauung v. Bars behaupten wir, daß der Vorsatz des Anstifters auf Herstellung des verbrecherischen Erfolges gerichtet ist.

Damit wenden wir uns zugleich gegen die von Löwenheim vertretene Auffassung, nach welcher sich der Vorsatz des Anstifters lediglich auf die Herbeiführung des Verbrechensentschlusses in dem Anzustiftenden richtet.

Gewiß ist der Vorsatz des Anstifters auch darauf gerichtet, den Entschluß des Täters zur Vornahme der strafbaren Handlung, zu welcher angestiftet werden soll, zu erwecken; allein sein Vorsatz ist nur insoferne hierauf gerichtet, als die Hervorrufung des Entschlusses zur Vornahme der fraglichen Handlung das notwendige Durchgangsstadium zur Herstellung des verbrecherischen Erfolges selbst bildet, auf welchen allein es dem Täter ankommt.

Unrichtig ist es aber auch zu behaupten, wie es v. Bar tut, der Vorsatz des Anstifters richte sich auf die Handlung, wie sie der Anstiftung gemäß vom Täter ausgeführt werden soll.

Denn der Anstiftende stellt sich den Erfolg nicht vor als das Produkt der Tätigkeit der Person, die er anstiftet; sein Vorsatz ist vielmehr auf den Erfolg als solchen, losgelöst von jeder menschlichen Tätigkeit, gerichtet. Wir können somit den Ausgangspunkt der v. Barschen Theorie nicht als richtig anerkennen. Wenn dann v. Bar weiter aus dem bedingten dolus folgert, daß mit Eintritt der Bedingung auch des Anstifters Vorsatz ebenso weit reicht wie der des Angestifteten, so wäre dem zuzustimmen; allein v. Bar fügt bei: „sofern dieser letztere — des Angestifteten — Vorsatz sich innerhalb der Grenzen der Anstiftung hält." Mit diesem Zusatz hat v. Bar in Wirklichkeit die akzessorische Natur der Teilnahme eliminiert.

Auch die Konstruktion eines bedingten dolus halten wir für verfehlt. Unseres Erachtens existiert ein solcher für das Strafrecht überhaupt nicht.

Es soll nicht geleugnet werden, daß die Gedanken, wie sie v. Bar bei Aufstellung seiner Theorie offenbar vorschwebten, zum Teil zutreffend sind. Allein die Art und Weise, in welcher dieselben von v. Bar juristisch verwertet wurden, halten wir nicht für richtig. Darauf wird später noch zurückzukommen sein.

Die bisherigen Untersuchungen haben dargetan, daß es wissenschaftlich unmöglich ist, die akzessorische Natur der Teilnahme im Sinne unseres Strafgesetzbuches zu rechtfertigen, ein Ergebnis, das uns nicht verwundern kann: Denn es erscheint ein Unding, jemanden aus fremder Schuld zu strafen.

§ 5. Die Auffassung der Teilnahme de lege ferenda.

Wissenschaftlich haltbar, daher de lege ferenda allein verwertbar ist die Auffassung, die die Teilnahmehandlungen auf selbständige Füße stellt.

Betrachten wir zunächst die Anstiftung.

Ihr Wesen ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Täterschaft: In der Person des Täters sind die subjektiven und objektiven Merkmale eines Verbrechenstatbestandes vereinigt, der Täter hat den Tötungsvorsatz, auch führt er die Tötungshandlung aus.

In der Person des Anstifters dagegen besteht diese Verbindung nicht; in seiner Person sind lediglich die subjektiven Merkmale gegeben; zur Herstellung der objektiven Verbrechensmerkmale bedient er sich einer anderen Person.

Ob ich aber meinen verbrecherischen Willen selbst in der Außenwelt verwirkliche, oder durch einen anderen verwirklichen lasse, kann vom juristischen Standpunkt aus für denjenigen, der die Tat will, einen Unterschied nicht begründen; es ist *seine* Tat als Ausfluß *seines* verbrecherischen Willens, nur mit dem Abmaße, daß er die Tat nicht selbst, sondern durch einen anderen hat bewirken lassen. Aus dem Gesagten folgt, daß diejenigen Schriftsteller, die den objektiven Standpunkt einnehmen, sich stets vergeblich abmühen werden, eine Begründung für die Bestrafung des Anstifters zu finden, weil dieser selbst an der Herbringung des objektiven Verbrechenstatbestandes nicht mitwirkt. Wollen sie den Anstifter nicht für straflos erklären, müssen sie notgedrungen auf den Willen desselben als das das Verbrechen verursachende Momente zurückgreifen.

An früherer Stelle haben wir die *Herzog*sche Gedankenführung als mit unserem positiven Recht unvereinbar verwerfen müssen. Hier mag darauf hingewiesen werden, einen wie berechtigten Kern dieselbe in sich schließt.

Die subjektiven Verbrechensmerkmale sind in der Person des Anstifters, die objektiven in der des Angestifteten gegeben; um die Strafe des Anstifters zu bemessen, müssen wir die beiderlei Merkmale vereinigen, da diese zusammen den Verbrechenstatbestand bilden.

Dies geschieht, wie eben gezeigt, in der Weise, daß wir vom Standpunkt des Anstifters aus den Angestifteten als dessen Mittel betrachten, d. h. wir stellen die äußeren durch den Angestifteten hergestellten Verbrechensmerkmale fest; aus deren Vereinigung mit den in der Person des Anstifters gegebenen subjektiven Merkmalen i. e. mit dessen Schuld bestimmen wir das auf diesen anzuwendende Strafgesetz. Die Summe der äußeren Verbrechensmerkmale aber ist es, was *Herzog* die „äußere Verbrechensfigur" nennt.

Der Hauptvorwurf, den man gegen die von uns vertretene Konstruktion der Anstiftung erhebt, ist der, daß dieselbe die Willensfreiheit des Täters ausschlösse.

Sind wir überhaupt willensfrei? Auf Grund theoretischer Deduktionen dürfte diese Frage nicht zu entscheiden sein. Die Erfahrung aller normal denkenden Menschen aber stimmt darin überein, daß unser Wille zwar beeinflußbar, prinzipiell aber frei ist.

Diese Freiheit des menschlichen Willens wird durch unsere Auffassung von der Anstiftung nicht berührt.

Der Angestiftete handelt als freie Persönlichkeit, vollständig aus eigenem Entschlusse heraus; der Anstifter gibt ihm lediglich einen Anreiz, diesen Entschluß zu fassen. Wenn dann allerdings der Angestiftete auf Grund dieses Anreizes, aber aus eigener freier Entschließung den verbrecherischen Entschluß gefaßt hat und ihn verwirklicht, dann erscheint der Angestiftete dem Anstifter von dessen Standpunkt aus betrachtet als Mittel zum Zweck.

Der Angestiftete spielt eine Doppelrolle. Von seinem Standpunkt aus ist er freie Persönlichkeit, von der des Angestifteten aus dessen Werkzeug, falls er die Tat, zu welcher er angestiftet wurde, begangen hat. Das Urteil, nach welchem wir den Anstifter als Verursacher des verbrecherischen Erfolges ansehen, fällen wir rückwärtsschließend von der Tat des Angestifteten aus. Dessen freier Entschließung treten wir daher nicht im mindesten zu nahe.

v. Birkmeyer ist es insbesondere, der S. 28 seiner Teilnahme mit der Verselbständigung der Anstiftung die Negierung der Willensfreiheit als notwendig gegeben erachtet. Um so erfreulicher ist, daß wir uns zum Beweise der Richtigkeit unserer Darlegung auf ihn selbst berufen können. Denn wenn sich in seiner Teilnahme S. 127 der Satz findet, die teilweise vorhandene Kausalität eines Teilnehmers kann durch Verschuldung bis zur Strafbarkeit der vollen Kausalität ergänzt werden, so ist damit im Grund genommen unsere Anschauung ausgesprochen, nach welcher der Teilnehmer, hier der Anstifter, durch seine Verschuldung den verbrecherischen Erfolg verursacht.

Zur Selbständigkeit der Beihilfe gelangen wir auf folgendem Wege. Unser Strafgesetzbuch, das zwischen Mittäter und Gehilfen unterscheidet, hat der Doktrin und Praxis die undankbare Aufgabe gesetzt, die Unterscheidungsmerkmale zwischen diesen beiden Kategorien festzustellen.

Trotz der redlichsten Bemühungen ist man zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht gekommen. Dieser Mißerfolg war unausbleiblich, weil, wie Kohler (Studien S. 92 ff.) meines Erachtens treffend ausgeführt hat, zwischen Mittäter und Gehilfen kein Qualitätsunterschied, sondern lediglich ein Quantitätsunterschied besteht. Erscheint aber der Gehilfe als ein, wenn auch in geringerem Maße für die Herstellung des Verbrechenserfolges in Betracht kommender Mittäter, so sind wir bei der Selbständigkeit der Beihilfe angelangt. Denn daß der Mittäter auch de lege lata selbständig zu strafen ist, darüber besteht bei der weitaus größeren Zahl der Schriftsteller kein Zweifel.

Der Richtigkeit des Gesagten steht natürlich nicht im Wege, daß der Mittäter qua Gehilfe entsprechend seiner geringeren Verschuldung auch milder gestraft wird. Allein es handelt sich hier lediglich um Strafzumessungsgründe und ich halte die Bemerkung Kohlers in seinen Studien Bd. I S. 97: „hätten wir überall mildernde Umstände, so bedürfte es des Gehilfenbegriffes nicht", für vollkommen zutreffend.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß auch die hier vertretene Auffassung der Teilnahme vereinzelt in der Praxis Schwierigkeiten bietet; allein wir werden im folgenden sehen, daß sie im Gegensatze zu der herrschenden Anschauung doch in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle zu befriedigenden Resultaten führt. Da sie, wie gezeigt, auch wissenschaftlich allein haltbar ist, dürfte ihr die Zukunft gehören.

Im folgenden sollen die aus der akzessorischen Natur der Teilnahme abzuleitenden Folgesätze untersucht werden; zur Vergleichung werden wir jeweils auch die entsprechenden Folgerungen aus der hier vertretenen Auffassung ziehen.

§ 6. Die erfolglose (mißlungene) Anstiftung.

Die akzessorische Natur der Teilnahme kennt keinen Versuch der Anstiftung (Beihilfe); denn entweder ist die Haupthandlung nicht bis in das Stadium des Versuchs vorgerückt, dann bleibt der Teilnehmer straflos, oder aber der Täter hat die Haupttat wenigstens versucht, dann wird der Teilnehmer wegen Versuchs des Verbrechens bestraft. Die mißlungene, bzw. erfolglose Anstiftung bleibt demgemäß straflos.

Daß dagegen nach der subjektiven Anschauungsweise die mißlungene bzw. erfolglose Anstiftung zu bestrafen sei, darüber besteht kein Zweifel. Die hiegegen hauptsächlich erhobene Einwendung, es liege lediglich eine „nuda cogitatio" vor, weshalb nach den Grundsätzen unseres Strafrechtes eine Bestrafung ausgeschlossen sei, geht fehl; dies ist bereits von anderer Seite z. B. von Hälschner (Deutsches Strafrecht Bd. I S. 403 ff.,) zutreffend dargelegt worden.

Dagegen halten wir für irrig, wie insbesondere v. Buri tut, den Anstifter in diesem Falle wegen Versuchs des Verbrechens zu bestrafen. Denn hat der Täter den verbrecherischen Willen des Anstifters realisiert, ist es aber nur bis zum Versuch gekommen, so wird der Anstifter auch nur wegen Versuchs des Verbrechens gestraft; eine Erklärung aber dafür, warum wir den Anstifter auch dann wegen Versuchs des Verbrechens strafen, obwohl das Verbrechen um einen Schritt der Verwirklichung näher gerückt ist, hat uns v. Buri nicht gegeben. Die Lösung dieser Frage dürfte auf folgendem Weg zu finden sein.

Wir haben bereits bei der Konstruktion der Anstiftung angedeutet, daß wir unser Urteil, wonach wir den Angestifteten als das Werkzeug des Anstifters ansehen, erst abgeben, wenn der Angestiftete sich zur Begehung des Verbrechens entschlossen und mit der Realisierung des verbrecherischen Willens des Anstifters begonnen hat; vorher dagegen erscheint uns und zwar immer vom Standpunkt des Anstifters aus der Angestiftete nicht als dessen Werkzeug, sondern als Persönlichkeit, deren Kraft der Anstifter seinen Zwecken erst dienstbar zu machen sucht.

Dies führt uns zu folgender Betrachtung.

Wir haben im Verlaufe der Anstiftungshandlung zwei Stadien zu unterscheiden:

Einmal das Stadium, in welchem der Anstifter tätig wird: Hier ist der Angestiftete auch vom Standpunkt des Anstifters aus Persönlichkeit; er kann dem Anreiz des Anstifters zur Begehung der strafbaren Handlung nachgeben oder nicht. Tut er das Letztere, so ist der Kausalverlauf abgeschnitten; begeht der Angestiftete dagegen das Verbrechen, so befinden wir uns im zweiten Stadium: Der Angestiftete sinkt zum Werkzeug in der Hand des Anstifters herab.

In diesem Momente wird der Kausalverlauf, der während der Unschlüssigkeit des Angestifteten ausgesetzt war, wieder fortgesetzt und noch mehr. Wir sehen nunmehr rückwärts schließend den Kausalverlauf als niemals unterbrochen an.

Daraus ergibt sich wiederum, daß wir die Anstiftungshandlung als solche verschieden qualifizieren, je nachdem ihr das Verbrechen nachgefolgt ist oder nicht. In letzterem Falle sehen wir in ihr eine strafbare Handlung, im ersteren Falle dagegen offenbar eine bloße Vorbereitungstätigkeit, die sich in dem Suchen nach einem geeigneten Mittel erschöpft.

Wir glauben nun, daß dieser Verschiedenheit dadurch Rechnung getragen werden kann, daß wir die Anstiftungshandlung als solche als einen besonderen Vorgang herausschälen und sie zu einem selbständigen Delikt der Verführung stempeln; denn dann würde sich folgerichtig ergeben, daß, weil der Verführer durch die geglückte Verführung des anderen Täter geworden ist, die strafbare Handlung der Verführung durch die Täterschaft absorbiert worden ist.

Wie diese Konstruktion mit den bei der Anstiftung tatsächlich stattfindenden Vorgängen in Einklang stehen dürfte, so erfüllt sie im Ergebnis die Forderungen der v. Burischen Kausaltheorie, vermeidet jedoch deren unliebsame Nebenerscheinung.

An dieser Stelle sei nochmals auf die v. Barschen Ausführungen zurückgegriffen.

Wenn v. Bar seine Theorie von der Bedingung des dolus des Anstifters aufstellte, so geschah dies zur Rettung der menschlichen Willensfreiheit. Diese Willensfreiheit kommt jedoch, wie wir eben dargelegt haben, hinsichtlich des Angestifteten nur im ersten Stadium der Anstiftungshandlung in Betracht; dagegen wird der Angestiftete, sobald er sich zur Realisierung des verbrecherischen Willens des Anstifters bereit erklärt und mit derselben begonnen hat, zum Werkzeug in der Hand desselben. Dem Umstand, daß der Angestiftete im ersten Stadium der Anstiftungshandlung dem Anstifter als Persönlichkeit gegenübersteht, glauben wir genügt zu haben durch die Schaffung einer selbständigen strafbaren Handlung der Verführung.

Haben wir den Gedankengang v. Bars zum Teil als richtig anerkannt, so hoffen wir auf der anderen Seite, diesen richtigen Gedanken in einer juristisch haltbareren Weise Ausdruck verliehen zu haben.

§ 7. Rücktritt des Anstifters.

Kann der Anstifter sich durch Rücktritt Straflosigkeit sichern?

Nach unserer Auffassung erledigt sich diese Frage ohne jede Schwierigkeit. Wir sehen den Anstifter als Urheber des verbrecherischen Erfolges an; auf ihn findet daher § 46 des StGB. Anwendung und zwar brauchen wir nicht, wie v. Bar, Bd. 2 § 352 l. c. meint, zu einer analogen Anwendung dieser Bestimmung unsere Zuflucht nehmen, weil uns eben der Anstifter Täter ist.

Ebenso findet auf den Gehilfen diese Bestimmung Anwendung, da wir denselben als Mittäter betrachten, die Mittäterschaft aber auch nach positivem Recht keine Form der Teilnahme an der Tat des anderen, sondern eigene selbständige Täterschaft ist.

Von gegnerischer Seite[1] wird der Vorwurf erhoben, wer die wirkungslose Anstiftung für strafbar ansieht, behandle diese ungünstiger als die teilweise wirksame, da bei ersterer ein Rücktritt des Anstifters deshalb nicht möglich sei, weil es keine Gegenwirkung gegen Wirkungsloses gebe.

Ist diese Einwendung auch zutreffend, so beweist sie doch nichts gegen die Bestrafung der Verführung. Übrigens ergeben sich die gerügten Konsequenzen auch nach geltendem Recht im Hinblick auf § 49a unseres StGB., ohne daß jedoch bisher jemand speziell an dieser Möglichkeit Anstoß genommen hätte.

Die Vertreter der akzessorischen Natur der Teilnahme müßten konsequenterweise zu dem Ergebnis gelangen, daß bei dem Anstifter ein Rücktritt ausgeschlossen ist.

Denn entweder hat der Täter die Tat nicht ausgeführt, dann ist der Anstifter straflos, weil es an einer strafbaren Handlung fehlt. Oder aber der Täter hat die Tat trotz des entgegengesetzten Willens des Anstifters ausgeführt, dann muß dieser gestraft werden, weil eine strafbare Handlung vorliegt; auf den Willen des Anstifters kann gemäß der akzessorischen Natur der Teilnahme irgendwelche Rücksicht nicht genommen werden.

Diese allein mit der akzessorischen Natur der Teilnahme im Einklang stehende Folgerung hat man jedoch nicht zu ziehen gewagt; denn es erscheint höchst unbillig, daß der Täter durch ein bestimmtes Verhalten sich Straflosigkeit soll sichern können, während der Teilnehmer, der das gleiche Verhalten an den Tag legt, strafbar bleiben soll.

[1] Geyer in Holzendorffs Handbuch Bd. 2 S. 373 Anm. 2.

In dieser Erkenntnis sind denn auch die Vertreter der hier bekämpften Anschauung dazu gekommen, die Straflosigkeit des Anstifters im Falle seines Rücktrittes anzunehmen und zwar mittelst analoger Anwendung des § 46.

In Betracht kommen kann hier lediglich die Nr. 2 dieses Paragraphen. Denn der Rücktritt vom nicht beendigten Versuch, der in Nr. 1 geregelt ist, besteht im Aufgeben der Ausführung der beabsichtigten Handlung, also im Nichtweiterhandeln. Wenn aber der Anstifter einmal die Anstiftungshandlung vollzogen und der Täter bereits mit der Begehung der strafbaren Handlung begonnen hat, so muß der Anstifter, will er die Wirkung seiner Tätigkeit aufheben, eine Gegentätigkeit entfalten.

Fraglich ist aber, ob eine derartige analoge Anwendung des § 46 mit der akzessorischen Natur der Teilnahme vereinbar erscheint.

Frank[1]) (S. 65 Anm. 5) stützt obige Entscheidung darauf, daß das Gesetz den Ausdruck „Täter" keineswegs immer im technischen Sinne gebrauche und sodann auf einen unabweisbaren Analogieschluß. Diese Begründung kann als zutreffend in keiner Weise erachtet werden. Würde der Ausdruck Täter des § 46 wirklich auch den Teilnehmer umfassen, so wäre hierin eine Ausnahme von dem in unserem Strafgesetzbuch geltenden Prinzip der Unselbständigkeit der Teilnahme zu erblicken; in diesem Falle hätte es jedoch zweifellos eines besonderen Hinweises seitens des Gesetzgebers bedurft. Insoferne kann auch keine Rede davon sein, daß der Analogieschluß unabweisbar wäre. Unabweisbar ist er eben nur insoferne, als die konsequente Durchführung des Standpunktes unseres geltenden Rechtes zu unbilligen Härten führt. In diesem Umstand kann jedoch bei dem entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers ein Grund, den Ausweg der Analogie zu beschreiten, nicht gefunden werden.

Sehr richtig bemerkt denn auch v. Bar (Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 2 S. 687), daß, soferne man die Anstiftung als Teilnahme am Verbrechen des Täters auffaßt, auf analoge Anwendung des § 46 die Straflosigkeit des Anstifters nicht gestützt werden könne, da der Anstifter nach dieser Auffassung eine selbständige Versuchshandlung nicht begehe.

Aus eben diesem Grunde muß auch der Versuch Meves[2]), die Möglichkeit der Anwendung des § 46 auf den Teilnehmer ohne Zuhilfenahme der Analogie beweisen zu können, als mißglückt angesehen werden, weil er zwar glaubt, bei seiner Begründung von der akzessorischen Natur der Teilnahme auszugehen, in Wirklichkeit jedoch den Anstifter zum Täter macht.

Dies hat Bauer in seiner Schrift S. 94 in überzeugender Weise dargetan.

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld 189.
[2]) Goltdammers Archiv 37 S. 405.

So hat sich ergeben, daß in dieser Frage die akzessorische Natur der Teilnahme zu unbrauchbaren Ergebnissen führt im Gegensatze zu der hier vertretenen Anschauung.

§ 8. Der agent provocateur.

Der Gegensatz der beiden Anschauungen tritt insbesondere auch bei der Behandlung des agent provocateur zutage.

Agent provocateur ist derjenige, der einen anderen lediglich zu einer Versuchshandlung anstiftet, oder der es doch nur bis zur formellen Vollendung des Deliktes kommen lassen will.

Vom moralischen Standpunkt aus läßt sich über den Wert oder Unwert des agent provocateur streiten, sicherlich aber erscheint unserem Gefühle als das einzig Entsprechende, jemanden, der einen anderen zu einem Verbrechen lediglich deshalb anstiftet, um ihn so entlarven zu können usw., straflos zu lassen.

Zu diesem Ergebnis gelangt denn auch die hier vertretene Anschauung: Wer lediglich den Versuch eines Verbrechens will, kann nicht gestraft werden; denn es fehlt ihm, wie Kohler (Studien 1 S. 122) zutreffend bemerkt, der deliktuose dolus.

Die Einwendungen v. Bars (Gesetz und Schuld 2 S. 648) gegen diese Anschauung sind zutreffend, soweit sie sich darauf beziehen, daß bei den Delikten, bei welchen zwischen formeller und materieller Vollendung unterschieden werden kann, die Entscheidung, ob Versuch oder Vollendung vorliegt, oft auf des Messers Schneide steht.

Auch darin stimmen wir ihm bei, daß die Absicht zu schaden, welches Erfordernis insbesondere Meyer-Allfeld § 52 Anm. 23 als Voraussetzung für die Strafbarkeit des agent provocateur aufstellt, vom Anstiftervorsatze keineswegs umfaßt werden muß.

Allein diese Einwendungen v. Bars sind nicht geeignet, die Unrichtigkeit obiger Entscheidung darzutun. Was speziell das Erfordernis des Eintritts eines Schadens betrifft, so sehen wir in demselben, wenn es auch nicht notwendig Inhalt des strafbaren Anstiftervorsatzes bildet, immerhin ein wertvolles Erkenntnismittel, das einen Schluß auf die Willensrichtung des Anstifters zuläßt.

Mit dieser Beschränkung halten wir die Ansicht Meyer-Allfelds für richtig.

Unter den Anhängern der akzessorischen Natur der Teilnahme herrscht große Uneinigkeit über die Behandlung des agent provocateur. Konsequenterweise müßten sie denselben wegen Anstiftung zum Versuche des Verbrechens bestrafen, denn maßgebend für die Bestrafung des Anstifters ist ihnen ja lediglich das, was der Täter getan hat und dessen Schuld.

So auch v. Bar Bd. 2 S. 644 l. c. Er läßt den agent provocateur nur straflos:

1. wenn im einzelnen Deliktsfalle wirkliche oder von Provozierenden angenommene Einwilligung des Geschädigten vorliegt;

2. wenn Personen provoziert werden, die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Verbrecher sind und die daher ohnehin schon entschlossen waren, das fragliche Verbrechen immer wieder zu begehen, sobald sich eine Gelegenheit hiezu bieten würde.

Die Entscheidung im Falle 1 scheint uns mit der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht im Einklang zu stehen, weil sie den Teilnehmer zum Täter macht.[1])

Die Strafloſigkeit im Fall 2 beruht darauf, daß es sich um die nach v. Bar straflose Anstiftung eines Alias facturus handelt.

Auf welche Weise aber begründen die Vertreter der hier bekämpften Anschauung die Strafloſigkeit des agent provocateur?

Uebereinstimmend wird gesagt: Der Vorsatz des Anstifters muß die Tat des Angestifteten als ein zu vollendendes Delikt umfassen; er muß die Tat wollen. Da nun zur Tat auch der Erfolg gehört, so muß der Anstifter auch diesen vorhergesehen und gewollt haben (so insbesondere Katzenstein). Diese Argumentation könnte als zutreffend nur dann erachtet werden, wenn sich der Vorsatz des Anstifters auf die Begehung des Delikts selbst erstrecken würde, ein Standpunkt, den einzunehmen die akzessorische Natur der Teilnahme verbietet.[2])

Einige Schriftsteller führen bei dieser Gelegenheit auch den Fall an, daß jemand einem bereits zum Verbrechen Entschlossenen absichtlich ein untaugliches Mittel reicht, um die Begehung des Verbrechens zu verhindern.

Dieser Fall dürfte sich jedoch wesentlich von dem des agent provocateur unterscheiden: denn hier kann überhaupt von einer strafrechtlich in Betracht kommenden Teilnahme nicht die Rede sein. Wenn daher hier, ebenso wie wir, auch die Vertreter der gegnerischen Anschauung zur Strafloſigkeit des Gehilfen gelangen, so wird hiegegen eine Erinnerung nicht bestehen.[3])

Auch das Reichsgericht hat sich bereits mit derartigen Fällen beschäftigt und dieselben in gleicher Weise entschieden, jedoch mit einer Begründung, die uns mit der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht verträglich zu sein scheint.

Vgl. v. Bar Bd. 2 S. 649 l. c.

Endlich ist noch des umgekehrten Falles des agent provocateur zu gedenken, nämlich daß der Anstifter mit Anstiftungs-dolus handelt, der Täter aber nur ein Scheintäter ist.

[1]) Auf dem von v. Bar vertretenen Standpunkt steht allerdings auch die herrschende Lehre.

[2]) Vgl. bei v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 2 S. 644 Anm. 89 a, die bereits bei anderer Gelegenheit zitiert wurde.

[3]) Unrichtig Kohler, Studien 1 S. 126.

Die akzessorische Natur der Teilnahme führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, den Anstifter straflos zu lassen, da es an einer strafbaren Handlung fehlt.

Nach der hier vertretenen Anschauung dagegen ist der Anstifter wegen Verführung zu strafen.

Kohler,[1] der ja auch die Selbständigkeit der Anstiftungshandlung vertritt, kommt wunderbarerweise zu dem gleichen Ergebnis wie die Vertreter der hier bekämpften Anschauung.

Seine Ausführungen gipfeln darin, daß der Angestiftete in diesem Falle nicht auf Grund der Anstiftungsmotive handle, vielmehr, den Einflößungen des Anstifters zuwiderhandelnd, gewisse Scheinakte vornehme, welche nicht die Vollziehung eines dem Anstifter entsprechenden Willens seien; dem Anstifter aber könnten nur solche Handlungen zugeschoben werden, welche im Gefolge des von ihm erregten psychischen Kausalismus begangen worden seien. Es liege daher lediglich eine erfolglose Anstiftung vor.

Nun ist es aber, wie früher hervorgehoben, eine der wichtigsten Konsequenzen der hier vertretenen Anschauung, der auch Kohler huldigt, daß die erfolglose Anstiftung gestraft wird. Meines Erachtens ist daher v. Bar vollständig im Rechte, wenn er (Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 2 S. 649) gegen Kohler wegen dieser seiner Entscheidung den Vorwurf der Inkonsequenz erhebt.

§ 9. Die mittelbare Täterschaft.

Im folgenden soll uns ein Institut beschäftigen, das Doktrin und Praxis geschaffen haben, um gewisse aus der akzessorischen Natur der Teilnahme sich ergebende unbrauchbare Konsequenzen mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens verträglich zu machen: Es ist dies die mittelbare Täterschaft.[2]

Es hat denn auch v. Buri mit Recht dieses Institut als eine „pure Fiktion und Verlegenheitsauskunft der objektiven Theorie" bezeichnet.

Gerade bei der Lehre von der mittelbaren Täterschaft tritt so recht der Gegensatz zwischen der akzessorischen Natur der Teilnahme einerseits und der von uns vertretenen Anschauung zutage, so daß v. Bar bis zu einem gewissen Grade recht zu geben ist, wenn er (Gesetz und Schuld 2 S. 592 Anm. 26) sagt: „Die scharfe Gegenüberstellung von Anstiftung und dem was wir jetzt mittelbare Täterschaft nennen,

[1]) Studien § 7.

[2]) Bauer glaubt in seiner Schrift S. 71 ff. die Unterscheidung zwischen Schuld- und Strafausschließungsgründen aus dem gleichen Grunde wie die mittelbare Täterschaft verwerfen zu müssen. Ich halte dieses Urteil nicht für zutreffend; denn diese Unterscheidung läßt sich vom Standpunkt der akzessorischen Natur der Teilnahme aus halten. Bedenklich ist nur die große Uneinigkeit in der Literatur darüber, welche der beiden Kategorien im einzelnen Falle als in Betracht kommend zu erachten ist.

ist der Kern und Probepunkt der Theorie des akzessorischen Charakters von Anstiftung und Beihilfe."

Das Wesen der mittelbaren Täterschaft erläutert folgendes Beispiel:

A stiftet den unzurechnungsfähigen B an, den X zu ermorden.

Da die Geisteskrankheit einen Schuldausschließungsgrund darstellt, fehlt es an einer strafbaren Handlung des Angestifteten; die Folge wäre die Straflosigkeit des Anstifters. Hier greift nun die mittelbare Täterschaft ein. Man sagt: A erscheint als der eigentliche Täter, B ist lediglich als Mordwerkzeug in seiner Hand zu betrachten.

Die herrschende Lehre unterscheidet demnach Anstiftung und mittelbare Täterschaft dahin, daß der mittelbare Täter den verbrecherischen Erfolg direkt realisiert; denn die Person, deren er sich zur Erreichung seines Zweckes bedient, ist nichts anderes als sein Werkzeug. Der Anstifter dagegen will zwar auch den Erfolg, aber nicht direkt. Denn hier schiebt sich zwischen Anstiftungshandlung und Erfolg eine freie Persönlichkeit ein, von deren Entschluß es abhängt, ob der vom Anstifter gewünschte verbrecherische Erfolg realisiert wird oder nicht.

Besteht nun aber tatsächlich dieser Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, wie ihn die herrschende Lehre annimmt?

Wir behaupten mit Kohler: nein.

Wir gehen wiederum aus von jenem Gesichtspunkt, den wir bereits bei anderer Gelegenheit hervorgehoben haben:

Der Angestiftete spielt eine Doppelrolle: Einerseits ist er freie Persönlichkeit, von deren Willen es ganz und gar abhängt, ob der verbrecherische Entschluß, zu dessen Realisierung der Anstifter den Anreiz gegeben, ausgeführt werden soll oder nicht. Sobald er aber diesen Entschluß gefaßt hat, erscheint er der Person des Anstifters gegenüber als dessen Werkzeug, als Mittel zum Zweck. Man sieht: Auch der zurechnungsfähige Angestiftete ist vom Standpunkt des Anstifters aus lediglich dessen Werkzeug. Ganz anders natürlich beurteilt sich die Sachlage vom Angestifteten aus. Hier haben wir in dem einen Fall eine zurechnungsfähige Person vor uns, die vollverantwortlich für das Verbrechen erscheint, im anderen Falle dagegen einen Täter, bei dem jede Schuld ausgeschlossen ist.

In den Augen des Anstifters erscheint, wie nochmals betont werden soll, aber nur in dessen Augen der Anstifter stets als Werkzeug, gleichviel ob er zurechnungsfähig ist oder nicht.

Die Einwendungen v. Bars (S. 623 l. c.) hiegegen sind unbegründet. Denn wenn er geltend macht, der dolus des mittelbaren Täters sei ein unmittelbar auf das Ziel gerichteter, der des Anstifters nur ein bedingter, nämlich für den Fall, daß auch der Angestiftete wollen und handeln wird, so erwidern wir, daß der dolus in diesem Sinne auch beim mittelbaren Täter ein bedingter ist, denn auch er will den verbrecherischen Erfolg nicht direkt, sondern durch die Person eines anderen hiedurch. Und wenn v. Bar vielleicht dagegen wiederum

einwendet, daß der Anstifter sich dem Entschluß einer willensfreien Person gegenüber stets ganz anders fühlen wird als gegenüber dem Verhalten eines willenlosen Werkzeuges, so pflichten wir dieser Anschauung hinsichtlich des Verführungsstadiums bei. Dem haben auch wir Rechnung getragen durch die Hervorhebung dieses Vorganges und Stempelung desselben zu einer besonderen strafbaren Handlung der Verführung. Dagegen wird die Anschauung v. Bars hinfällig, sobald der Anstifter in das Stadium des Versuches vorgerückt ist: Hier verflüchtigt sich der Unterschied zwischen Anstifter und mittelbarem Täter zu einem lediglich auf ethischem Gebiete liegenden.

Wann nun im einzelnen Falle mittelbare Täterschaft anzunehmen ist, darüber besteht in der Literatur eine große Uneinigkeit.

Unsere Aufgabe kann es nicht sein, diesen Streit weiter zu verfolgen; es mag genügen, auf die Ausführungen bei v. Bar § 329 ff. l. c. hinzuweisen.

Wenn daher der Teilnehmer aus irgendeinem Grunde nicht gestraft werden kann und auch die mittelbare Täterschaft versagt, so entstehen höchst bedenkliche Lücken im Strafrecht; daher kann es nicht wunder nehmen, wenn v. Bar S. 640 l. c. den Satz, daß überall, wo das Delikt eine besondere tatsächliche oder rechtliche, nur bei dem Täter zutreffende Eigenschaft oder Situation voraussetze, mittelbare Täterschaft ausgeschlossen sei, verwirft als einen Satz, der die Straflosigkeit wahrhaft abscheulicher mit größtem Raffinement ausgeführter Taten zur Folge haben würde.

Im folgenden soll an einzelnen Beispielen erörtert werden, zu welch wunderlichen Resultaten diese Gegenüberstellung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft führt.

A stiftet einerseits den unzurechnungsfähigen B, anderseits den zurechnungsfähigen C zum Mord an; B und C begehen den Mord. In beiden Fällen ist das, was A tut, das gleiche. Trotzdem wird A im ersten Falle als Täter, im zweiten als Anstifter bestraft.

Bestritten ist, ob mittelbare Täterschaft auch auf Seite einer solchen Person denkbar ist, die unmittelbarer Täter nicht sein könnte. Olshausen z. B. verneint die Frage.

In diesem Falle ergäbe sich folgendes Resultat: Stiftet die A den zurechnungsfähigen B an die X zu schänden, so wird sie wegen Anstiftung zum Verbrechen der Notzucht bestraft; ist aber der Angestiftete unzurechnungsfähig, geht sie frei aus.

Noch drastischer ist der von Kohler Bd. 1 seiner Studien S. 115 angeführte Fall:

Die A bestimmt den B durch Drohung im Sinne des § 48 zur Vornahme des Verbrechens der Notzucht: dann wird sie wegen Anstiftung bestraft. Steigert sich aber die Drohung zur unwiderstehlichen Gewalt im Sinne des § 52, so könnte sie höchstens wegen Nötigung bestraft werden!

Die Kritik, die v. Bar S. 625 Anm. 66 b l. c. anläßlich dieser Entscheidung übt, ist mir nicht recht verständlich. Daß nach der herrschenden Ansicht niemand verantwortlich ist, scheint mir v. Bar als richtig zuzugeben. Daß nach Kohlers Theorie die Frau als Anstifterin eines verantwortlichen Täters straffrei bleiben müßte, dafür dürfte v. Bar im Hinblick auf die zutreffenden Ausführungen Kohlers S. 131 l. c. den Beweis schuldig bleiben.

Wenn v. Bar endlich S. 626 Anm. 61 meint, durch Anwendung von Drohungen werde man nicht mittelbarer Täter, so wird zum mindesten diese seine Anschauung nicht von allen Schriftstellern geteilt.

Vgl. z. B. Frank zu § 52 II.

Nach der hier vertretenen Anschauung ist der letzte Fall in beiden Modifikationen dahin zu entscheiden, daß die A sich eines Verbrechens der Notzucht schuldig macht.

Noch einer besonderen Betrachtung bedürfen die Selbstverletzungs-, die Absichts- und die Standesdelikte.

Nehmen wir folgendes Beispiel:

A stiftet den zurechnungsfähigen B an, sich zu töten;

A stiftet den unzurechnungsfähigen X an, sich zu töten.

Im ersten Falle bleibt A straflos; denn da der Selbstmord nach positivem Rechte keine strafbare Handlung ist, kann auch der Anstifter nicht gestraft werden.

Im zweiten Falle dagegen würde A wegen Mordes gestraft, da er als mittelbarer Täter erscheint.

Ein Nachweis aber für die innere Berechtigung dieser verschiedenen Entscheidung dürfte nicht leicht zu erbringen sein.

Unsere Ansicht würde zu der allein entsprechenden Lösung führen der A beidemale wegen Mordes zu bestrafen. Nun der umgekehrte Fall, den Kohler (Studien Bd. 1 S. 127 unten) anführt:

Der lebensmüde A stiftet den B an, ihn zu töten; es bleibt aber aus irgendwelchen Gründen beim Versuch. Betrachtet man das Delikt des § 216 als mildere Form des Tötungsverbrechens, so würde B wegen Versuchs der Tötung bestraft. Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme würde dann folgen, daß auch A wegen versuchter Tötung sich zu verantworten hätte.

Kohler scheint mir jedoch hiebei zu übersehen, daß auch nach der gegnerischen Ansicht eine Bestrafung des A nicht eintreten würde, weil der Satz ganz allgemein gilt, daß, wenn das Gesetz Teilnahmehandlungen als selbständige Verbrechen unter besondere Strafe stellt, während die Haupthandlung straflos bleibt, der Haupttäter nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Teilnahmehandlung gestraft werden kann. So v. Liszt S. 232 V 2.[1])

[1]) Anderer Ansicht allerdings das Reichsgericht, das z. B. den Gefangenen bestraft, der einen anderen anstiftet, ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein.

Wer auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, für den ergibt sich die Straflosigkeit in solchen Fällen daraus, daß niemand wegen Deliktes gegen sich selbst gestraft werden kann.

Als Absichtsdelikte kommen insbesondere der Diebstahl und schwere Urkundenfälschung in Betracht; es handelt sich um solche Delikte, bei denen zum Tatbestand auch eine besondere Absicht des Täters gehört, so beim Diebstahl die Zueignungsabsicht, bei der schweren Urkundenfälschung die Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder dem anderen Schaden zuzufügen.

Betrachten wir folgenden Fall:

A stiftet den B an, eine dem X gehörige Sache wegzunehmen; lediglich A hat die Zueignungsabsicht.

Zunächst die Entscheidung nach positivem Recht. B begeht keine strafbare Handlung, da ihm die Zueignungsabsicht fehlt; daher kann auch A wegen Anstiftung nicht gestraft werden.

Es bleibt daher nur ein Ausweg: Man sieht den A als mittelbaren Täter, den B als Gehilfen an.

So insbesondere auch RG. 6, 416.

Allein diese Entscheidung ist jedenfalls mit dem Wesen der mittelbaren Täterschaft nicht vereinbar; denn es ist, wie v. Bar S. 627 l. c. richtig hervorhebt, ein widersinniger Satz, daß ein dolloses Werkzeug denkbar sei.

Ähnlich ist es bei der schweren Urkundenfälschung. Wenn A den B anstiftet, eine Urkundenfälschung vorzunehmen, die Urkundenfälschung aber nur dem A (nicht dem B) einen Vermögensvorteil nach dessen Absicht verschaffen soll, so ist nach RG. III 8 1280 (E. 3 Nr. 38 S. 95) A mittelbarer Täter in Ansehung der schweren Urkundenfälschung, B Täter bezüglich der einfachen Urkundenfälschung.

Die merkwürdigen Folgerungen, die sich aus der Entscheidung dieses Falles ergeben im Vergleich mit dem anderen Fall, daß auch auf Seite des Täters die Absicht der Verschaffung eines Vermögensvorteiles gegeben ist, hat v. Bar Bd. 1 S. 527 l. c. in treffender Weise hervorgehoben.

Die hier vertretene Anschauung kommt in beiden Fällen bezüglich des Anstifters zu dem gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht, aber auf einfachem und natürlichem Wege, ohne Zuhilfenahme der mittelbaren Täterschaft.

Als Kuriosum mag noch angeführt werden, daß der v. Birkmeyersche Standpunkt im ersten Falle (Fall des Diebstahles) zur Straflosigkeit aller Beteiligten führen würde! Siehe Bauer S. 102, der den Fall von diesem Gesichtspunkt aus ausführlich behandelt hat.

Kehren wir nun die bisher betrachteten Fälle um: Die besondere Absicht ist nur auf seiten des Täters, nicht aber des Teilnehmers vorhanden. Hier ist ausnahmsweise ein Fall gegeben, der auf Grund der akzessorischen Natur der Teilnahme glatter zu entscheiden ist als nach der hier vertretenen Auffassung.

Im ersten Falle wird der Täter wegen Diebstahls, der Anstifter wegen Anstiftung zum Diebstahl, im zweiten Falle der Täter wegen schwerer Urkundenfälschung, der Anstifter wegen Anstiftung hiezu bestraft.

Gegen die hier vertretene Anschauung wird der Einwand erhoben, in solchem Falle könne sie den Anstifter nicht als Täter ansehen, da ein Teil des Tatbestandes — die besondere Absicht — in seiner Person nicht gegeben sei. Meines Erachtens hat Kohler diesen Einwand treffend widerlegt. Wenn v. Bar S. 652 l. c. meint, Kohlers Ausführung genüge nicht für die Fälle, in denen die Tat dem Täter die Befriedigung eines besonderen Genusses verschaffe, da dieser sich nicht übertragen lasse wie das Eigentum oder ein Vermögensvorteil, so ist zu erwidern, daß dieser faktische Genuß nirgends zum Tatbestande der strafbaren Handlung gehört.

Jedenfalls kann die in diesem Einzelfalle für unsere Anschauung sich ergebende Schwierigkeit nicht dazu führen, ihm prinzipielle Richtigkeit zu leugnen. Daß anderseits die gegnerische Ansicht mit noch ganz anderen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, um zu brauchbaren Resultaten zu gelangen, das dürften die bisherigen Ausführungen bereits bewiesen haben.

§ 10. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, insbesondere die Behandlung der Standesverbrechen.

Die Behandlung der Standesverbrechen endlich führt uns auf die schwierige Frage des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Beurteilung der Teilnehmer überhaupt.

Bei folgerichtiger Durchführung der akzessorischen Natur der Teilnahme müßten alle die Eigenschaften, die in der Person des Täters gegeben sind, auch die Strafbarkeit der Teilnehmer beeinflussen; dagegen umgekehrt lediglich die in der Person eines Teilnehmers vorliegenden Eigenschaften außer Betracht bleiben.

Diese Konsequenz zu ziehen hat sich aber der Gesetzgeber gescheut; denn § 50 StGB. bestimmt: daß straferhöhende und strafmindernde persönliche Eigenschaften und Verhältnisse lediglich dem Täter oder Teilnehmer zuzurechnen sind, in dessen Person sie vorliegen, woraus die herrschende Lehre durch arg. e contrario mit vollem Recht folgert, daß bezüglich der strafbegründenden persönlichen Eigenschaften es bei der allgemeinen Regel, wie sie sich aus der akzessorischen Natur der Teilnahme ergibt, sein Bewenden hat.

Der von Kohler (Studien I S. 137) gegen diese Unterscheidung erhobene Vorwurf, daß sie auf dem jeweiligen, oft von ganz zufälligen Umständen abhängigen Ermessen des Gesetzgebers beruhe und gleichwohl die schwerwiegendsten Folgen nach sich ziehen könne, ist unzutreffend; mit demselben Rechte könnte man das Strafrecht überhaupt

verwerflich finden, da dessen Gestaltung ebenfalls vom Ermessen des Gesetzgebers abhängig ist.

Immerhin glaubt Kohler aus diesem Grunde und weil er der Anschauung ist, daß zwar eine Frau die Urheberin eines Notzuchtverbrechens, nicht aber der Nichtbeamte Urheber eines Beamtendeliktes sein könne, den § 50 dahin interpretieren zu sollen, das das Gesetz die Zusammengehörigkeitseigenschaften, welche für die Bestrafung von Bedeutung sind, für jeden Teilnehmer besonders behandelt wissen will, welche Regel auch für die Fälle gilt, in welchen es sich um faktische Umstände handelt, die lediglich die Erreichbarkeit des betreffenden Objektes in Frage stellen, z. B. also, wenn eine Frau zur Notzucht anstiftet.

Wir halten diese Interpretation, weil ganz willkürlich, für unzulässig. Auch der Hinweis auf § 247 StGB. erscheint uns verfehlt; wäre der § 50 im Kohlerschen Sinn zu interpretieren, so wäre die Bestimmung im letzten Absatz des § 247 überflüssig. Gerade der Umstand, daß der Gesetzgeber für diesen Fall eine besondere Bestimmung für notwendig hielt, beweist, daß er nicht den Standpunkt Kohlers teilt.

Wir bleiben also bei der oben von uns dargelegten Auffassung des § 50 stehen, wobei wir uns im Einklang mit der herrschenden Meinung befinden.

Wir haben bereits erwähnt, daß die Bestimmung des § 50 eine Ausnahme von der akzessorischen Natur der Teilnahme darstellt; daraus erklärt sich auch, daß wir, soweit diese Bestimmung reicht, zu befriedigenden Resultaten gelangen.

Schwierigkeiten ergeben sich daher für den Fall, daß z. B. A den B zur Tötung des X anstiftet, B den X ermordet, da die „Überlegung" nicht unter den § 50 fällt.

Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme folgert die herrschende Lehre mit Recht, daß, wenn der Anstifter mit Überlegung handelt, der Täter jedoch nur eine Tötung begeht, ersterer aus § 212 StGB. zu strafen ist; umgekehrt wird der Anstifter, der ohne Überlegung handelt, aus § 211 bestraft, falls der Täter einen Mord begeht.

Allerdings schwächt die herrschende Lehre die Härten dieser folgerichtigen Ergebnisse dadurch ab, daß sie für den letztgenannten Fall das Erfordernis der Kenntnis von der Überlegung seitens des Teilnehmers aufstellt gemäß § 59 StGB. Unseres Erachtens hindert jedoch eine konsequente Durchführung der akzessorischen Natur der Teilnahme an der Beschreitung dieses Weges.

Daß die hier vertretene Anschauung zu dem befriedigenden Ergebnisse gelangt, im ersten Falle den Anstifter aus § 211, im zweiten Falle aus § 212 zu bestrafen, bedarf keines weiteren Hinweises.

Wir haben nunmehr noch die Nutzanwendung des § 50 auf die Behandlung der Teilnehmer an den Standesdelikten zu machen. Handelt es sich um ein nicht reines Amtsdelikt, so ist der Umstand, daß es von dem Beamten begangen wurde, lediglich ein erschwerender;

die Folge ist, daß dieser erschwerende Umstand nur in der Person dessen berücksichtigt wird, bei dem er vorliegt, z. B.

Der Nichtbeamte A stiftet den Beamten B an, einen Hausfriedensbruch zu begehen: B wird aus § 342, A aus § 123, 48 StGB. bestraft.

Steht dagegen ein reines Amtsdelikt in Frage, so folgt, da es sich um ein konstitutives Verhältnis handelt, durch arg. e contrario aus § 50, daß die allgemeine Regel Platz greift. Es wird daher der Nichtbeamte A, der den Beamten B anstiftet ein reines Amtsdelikt zu begehen, wegen Anstiftung zu diesem Delikte bestraft.[1])

Im umgekehrten Falle jedoch, wenn der Beamte A den Nichtbeamten B anstiftet, ein reines Amtsdelikt zu begehen, für die akzessorische Natur der Teilnahme zur Straflosigkeit des A, da es an einer strafbaren Handlung des B fehlt, ein zweifellos unbrauchbares Ergebnis.

Das Reichsgericht hat sich über die Schwierigkeiten dieses Falles dadurch hinweggeholfen, daß es den Beamten A als Täter des Amtsverbrechens ansieht, den Angestifteten dagegen lediglich als Gehilfen.

Richtig ist an dieser Entscheidung, daß sie den Anstifter als das ansieht was er ist: als einen intellektuellen Urheber; mit der akzessorischen Natur der Teilnahme jedoch ist sie unverträglich.

Wie regelt sich aber nun diese Materie vom Standpunkt der hier vertretenen Anschauung aus?

Vom § 50 müssen wir hiebei völlig absehen, da dieser die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme zur Voraussetzung hat.

Gehen wir von der Anstiftung aus.

Wir haben bereits des öfteren Gelegenheit gehabt zu betonen, daß wir dem Anstifter eine Doppelrolle zuschreiben: In seinen Augen ist er eine freie Person, fähig, selbständige Entschlüsse zu fassen, in den Augen des Anstifters dagegen dessen Werkzeug, das den von ihm beabsichtigten Erfolg realisiert; gerade auf Grund der Werkzeugsqualität des Anstifters kamen wir dazu den Anstifter als Urheber des verbrecherischen Erfolges zu betrachten.

Daraus folgern wir jetzt weiter, daß der Anstifter Urheber des verbrecherischen Erfolges insoweit ist, als die Mittelsperson Werkzeugsqualität hat; daß er aber Urheber des Erfolges insoweit nicht ist, als derselbe durch Qualitäten der Mittelsperson, die keine Werkzeugsqualitäten sind, beeinflußt wird.

Mit anderen Worten, der Anstifter haftet uns für die Qualitäten, aber auch für alle Qualitäten des Täters, die geeignet waren, den von ihm beabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Die Konsequenzen unserer Anschauung sind folgende:

---

[1]) Die Einwendungen Naglers S. 110 sind unseres Erachtens unbegründet. Es genügt, wenn auf Seite der Teilnehmer die Voraussetzungen des des § 48, bzw. 49 StGB. gegeben sind, da sie ja ihre Strafbarkeit aus der Schuld des Täters entlehnen.

1. Die straferhöhenden oder strafmindernden persönlichen Eigenschaften rechnen wir nur dem bei der Tat Beteiligten zu, bei dem sie vorliegen.

Wir befinden uns also hiebei im Einklang mit dem geltenden Recht.

2. Anlangend die Sonderdelikte, so bestrafen wir den Beamten, der den Nichtbeamten zur Begehung eines reinen Amtsverbrechens anstiftet, folgerichtig als Urheber des Amtsverbrechens.

Wir tragen aber auch kein Bedenken im umgekehrten Fall den Nichtbeamten als Urheber des Beamtendelikts zu strafen.

Mit dieser Entscheidung stellen wir uns in Gegensatz zur herrschenden Meinung.[1] Nach ihr kann ein Nichtbeamter nicht Urheber eines Amtsdeliktes sein, weil dieses Delikt in einer Verletzung der persönlichen Beziehungen besteht, die dem Nichtbeamten fremd sind.

Darauf ist zu erwidern:

Schon vom kriminalpolitischen Standpunkt aus kann der Gesetzgeber nicht auf die Bestrafung des Nichtbeamten verzichten, dies beweist die Sonderbestimmung des preußischen Strafgesetzbuches, und eine Theorie, die zu diesem unbrauchbaren Ergebnis führt, wäre zum mindestens als unvollkommen zu erachten.

Aber wir halten die Einwendungen der herrschenden Meinung für unzutreffend.

Richtet sich auch das Amtsdelikt primär gegen die Beziehungen des Beamten zum Staat, so bezieht es sich doch in zweiter Linie auch auf ein allgemeines Rechtsgut, nämlich das der Ordnung, Ruhe und Sicherheit im Staate, ein Rechtsgut, an dessen unversehrter Erhaltung die Gesamtheit in hohem Maße interessiert ist. Daraus folgt aber, daß jeder einzelne dasselbe nicht nur zu respektieren, sondern auch dafür zu sorgen hat, daß dasselbe nicht verletzt werde, insbesondere auch nicht von seiten derer, die in erster Linie zur Erhaltung desselben berufen sind.

Unseres Erachtens müssen gerade die Fälle, in denen dem Anstifter gewisse zur Hervorbringung des verbrecherischen Erfolges nötige Qualitäten fehlen, als die Normalfälle der Anstiftung angesehen werden: Denn eben in diesen Fällen muß sich der Anstifter eines Mittels zur Verwirklichung des von ihm beabsichtigten Verbrechens bedienen. Und gerade hier soll der Anstifter straflos bleiben! Nein, die Sachlage ist keine andere, als wenn der Anstifter mittels besonderer Kräfte, die er sich dienstbar gemacht, einen verbrecherischen Erfolg herstellt, den er ohne Zuhilfenahme dieser Kräfte nicht hätte bewirken können.[2]

---

[1] Vgl. Kohler S. 134, Nagler S. 70 ff.

[2] Die Ausführungen Naglers S. 73 Abs. 2 halten wir für unzutreffend. Sie scheinen uns in dem Vorwurf gegenüber dem Gesetzgeber zu gipfeln, daß er seinen Willen nicht in der richtigen Weise formuliert habe. Allein Nagler wird zu diesem Vorwurf nur von seinem unrichtigen Standpunkt aus gedrängt und gerade dieser Umstand spricht gegen die Richtigkeit seiner Anschauung.

Endlich wäre auch noch darauf hinzuweisen, daß naturgemäß die herrschende Ansicht zu nicht unbedenklichen Lücken im Strafrecht führt.[1])

Wie die eben besprochene Frage bei der Beihilfe sich beantwortet, davon wird gelegentlich der Mittäterschaft die Rede sein, da wir ja den Gehilfen als Mittäter ansehen.[2])

§ 11. Exzeß des Täters.

Bereits bei Besprechung der mittelbaren Täterschaft hatten wir Gelegenheit Fälle zu erwähnen, in denen der Anstifter einen weiter gehenden dolus hatte als der Angestiftete, so z. B. wenn A den B zu einem Diebstahl anstiftet, die Zueignungsabsicht aber nur bei dem ersteren vorhanden ist, oder wenn A den B zur Vornahme einer Urkundenfälschung bestimmt und A die Absicht hat, sich durch diese Urkundenfälschung einen Vorteil zu beschaffen, während diese Absicht bei B fehlt.

In diesen Fällen besteht die Erweiterung des Anstifter-dolus in einer Absicht, die nicht der Realisierbarkeit bedarf; wie ist es aber, wenn es sich im Gegensatz zu dieser bloßen Absicht um Momente handelt, die der Realisierung bedürfen, damit das in Frage kommende Delikt als vorhanden anzusehen ist? Es sind dies die Fälle, in denen wir vom „Exzeß" des Täters sprechen. Z. B. A stiftet den B zu einem schweren Diebstahl an, B begeht aber nur einen leichten Diebstahl und umgekehrt.

Im ersten Falle kann für den, der auf dem Boden der akzessorischen Natur der Teilnahme steht, das Resultat nicht zweifelhaft sein. B wird wegen leichten Diebstahls, daher A wegen Anstiftung zum leichten Diebstahl bestraft.

Unseres Erachtens kann dieses Resultat als befriedigend nicht angesehen werden, da es dem auf schweren Diebstahl gerichteten Vorsatz des Anstifters keine Rechnung trägt. Auf Grund unserer Theorie gelangen wir zu dem, wie uns scheint, entsprechenderen Ergebnis, den A wegen Verführung zum schweren Diebstahl in Idealkonkurrenz mit leichtem Diebstahl zu strafen.

Was nun den umgekehrten Fall betrifft, so sind hier verschiedene Möglichkeiten zu unterscheiden:

a) Der Täter begeht überhaupt eine ihrem Wesen nach ganz verschiedene strafbare Handlung als die ist, zu der er angestiftet wurde.

Zum Beispiel: A bestimmt den B den X zu betrügen; B ermordet den X.

---

[1]) Vgl. Kohler S. 135 Abs. 2, Nagler, S. 71.

[2]) Hinsichtlich des geltenden Rechts ergeben sich keine Schwierigkeiten, da man ziemlich allgemein anerkennt, daß ein Nichtbeamter zu dem Beamtenverbrechen Beihilfe leisten könne.

Die akzessorische Natur der Teilnahme ergibt, daß A nicht gestraft werden kann, weil der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und strafbarer Handlung fehlt, die Anstiftungshandlung als solche aber nicht strafbar ist.

Wir würden A wegen Verführung zum Vergehen des Betruges bestrafen.

b) A bestimmt den B einen leichten Diebstahl zu begehen, B verübt einen Einbruchdiebstahl.

Die akzessorische Natur der Teilnahme würde, streng genommen, verlangen, daß A wegen schweren Diebstahls bestraft wird, ein der Gerechtigkeit nicht entsprechendes Resultat.

Um dieses zu vermeiden, schlagen die Anhänger dieser Anschauung einen Weg ein, der ihnen eigentlich verschlossen sein müßte, da er mit der akzessorischen Natur der Teilnahme im Widerspruch steht. Sie lassen die Entscheidung des Falles davon abhängen, ob der Versuch des Anstifters im einzelnen Falle die erschwerenden Umstände als eventuelle mitumfaßt hat. Es ist aber klar, daß der Anstifter so seine unselbständige Stellung einbüßt und zum Täter gemacht wird.

Wenn wir gemäß der von uns vertretenen Anschauung zu dem gleichen Ergebnis wie die Anhänger der gegnerischen Meinung gelangen, so sind wir dazu vollberechtigt, da wir den Anstifter als Täter betrachten.

c. A bestimmt den B, den X körperlich zu verletzen; dies hat zur Folge, daß X das Sehvermögen verliert.

Die akzessorische Natur der Teilnahme ergibt ohne weiteres, daß sich A einer Anstiftung zur schweren Körperverletzung schuldig macht.

Die von uns vertretene Anschauung führt zu dem gleichen Resultat, da es sich um eine Erfolgshaftung handelt.

§ 12. Irrtum.

Besondere Schwierigkeiten ergibt der Fall des error in objecto. Derselbe bietet uns zugleich willkommenen Anlaß, die Lehre vom Irrtum überhaupt in ihrer Wirkung auf die Teilnahme einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Es wird sich empfehlen, die verschiedenen Möglichkeiten an der Hand einzelner Beispiele zu untersuchen.

Ausgangspunkt für unsere Ausführung sei zunächst die akzessorische Natur der Teilnahme:

1. Jemand glaubt als Teilnehmer zu handeln, während er in Wirklichkeit Täter ist.

Man wäre geneigt, Versuch der Teilnahme eventuell in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Begehung des Deliktes anzunehmen, falls

der Handelnde den Erfolg als mögliche Wirkung seiner Tätigkeit voraussehen konnte. Nun kennt aber die akzessorische Natur der Teilnahme keinen Versuch der Teilnahme; es bleibt sonach nur kulpose Täterschaft übrig.

Kann man aber dem Handelnden eine Fahrlässigkeit nicht zum Vorwurf machen, so geht er straflos aus. Eine Bestrafung wegen Beihilfe — so v. Birkmeyer[1]) in seiner Teilnahme S. 132 — halte ich für ausgeschlossen.[2])

2. Jemand glaubt als Täter zu handeln, während in Wahrheit er bloß Teilnehmer ist.

Hier tritt Straflosigkeit ein, denn auf die Begehung der Teilnahmehandlung war der dolus des Betreffenden nicht gerichtet, die Annahme eines Versuchs des Verbrechens aber scheitert daran, daß es an einem Anfang der Ausführung im objektiven Sinne fehlt.

3. Jemand glaubt anzustiften, während er in Wirklichkeit Beihilfe leistet. Mit anderen Worten: Der auserseheue Täter ist schon zur Tat entschlossen.

Richtiger Ansicht nach ist in diesem Falle der Anstifter straflos zu lassen; so auch v. Bar Bd. 2 § 326 l. c.

4. Jemand glaubt Beihilfe zu leisten, während er in Wirklichkeit anstiftet.

Die akzessorische Natur der Teilnahme führt unseres Erachtens hier ebenfalls zur Straflosigkeit, da sie einen Versuch der Beihilfe nicht kennt, fahrlässige Anstiftung aber nach positivem Rechte ausgeschlossen ist.

v. Birkmeyer in seiner ‚Teilnahme' § 63 will in den beiden Fällen Bestrafung wegen intellektueller Beihilfe eintreten lassen.

Diese Entscheidung halten wir für unrichtig, im ersten Falle deshalb, weil dieselbe die — unbewiesene — Subsidiarität der Beihilfe gegenüber der Anstiftung zur Voraussetzung hätte, im zweiten Falle deshalb weil Beihilfe in Wirklichkeit nicht geleistet wurde.

Bei den bisher besprochenen Fällen lag der innere Grund dafür, daß die akzessorische Natur der Teilnahme so unerfreuliche Resultate zeitigte, vor allem darin, daß sie keinen Versuch der Teilnahme und keine fahrlässige Teilnahme kennt; bei der Behandlung der nun folgenden Fälle liegt die Schwierigkeit in dem Sichkreuzen von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft.

A stiftet den unzurechnungsfähigen B, den er aber für zurechnungsfähig hält, an, den X zu ermorden d. h. A glaubt Anstifter zu

---

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld S. 189 unter Hinweis auf v. Birkmeyer. Das von letzterem angeführte Beispiel ist nicht treffend gewählt, weil in demselben A auch in Wirklichkeit Beihilfe leistet und überdies vorausgesetzt wird, daß C die Mißhandlung begeht. Liegt der Fall aber derart, so kann man nicht mehr von einem Irrtum reden.

[2]) v. Bar (Gesetz und Schuld S. 628) will den Täter wegen Anstiftung bestrafen, jedenfalls ein eigenartiges Resultat. Seine Begründung ist mir nicht klar geworden.

sein, während er in Wirklichkeit mittelbarer Täter ist und umgekehrt: A glaubt mittelbarer Täter zu sein, während er in Wirklichkeit anstiftet.

Im ersten Falle muß meines Erachtens A straflos bleiben, falls ihm nicht kulpose Täterschaft zur Last fällt; im zweiten Falle straft die herrschende Lehre wegen Anstiftung, welche Entscheidung man als richtig wird anerkennen müssen. Immerhin kann man diese Ergebnisse nicht als befriedigend bezeichnen.

Wenn wir nun all die bisher besprochenen Fälle vom Standpunkt der Urhebertheorie aus betrachten, kommen wir zu folgendem Resultat:

Da uns der Anstifter Urheber, der Gehilfe Mittäter ist, da wir ferner zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft nicht unterscheiden, so liegt für uns in all den genannten Fällen ein Irrtum überhaupt nicht vor; wir strafen demnach stets wegen Täterschaft.[1])

Höchst bestritten endlich ist die Entscheidung folgenden Falles:

A stiftet den B an den X zu ermordern; B ermordet aber irrtümlich den Y, den er für den X hält (Fall des error in objecto).

Die herrschende Meinung beruht auf der Aquivalenz-Theorie. Nach ihr ist die Täuschung des Täters über die Persönlichkeit des Ermordeten irrelevant, da es sich um gleichwertige Objekte handelt.

Als Folge der akzessorischen Natur der Teilnahme kommt man dann zu dem vollständig gerechtfertigten Schlusse, den Anstifter wegen Mordes zu bestrafen.

Ausgehend dagegen von der Urhebertheorie beurteilt sich für den Anstifter die Sachlage nicht anders, als wenn dieser etwa mittels Gewehres auf den X geschossen hätte, der Schuß aber fehlgegangen und statt des X den Y tödlich getroffen hätte d. h. für den Anstifter stellt sich der error in objecto des Angestifteten als aberratio ictus dar. Demgemäß würden wir den A wegen versuchten Mords (ev. in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung) bestrafen.[2])

Auf die Ausführungen von Geyer, Böhlau, Schütze über die Behandlung des Anstifters im Falle des error in objecto auf Seite des Angestifteten einzugehen, erübrigt sich. Die Kritik, die v. Bar § 349 l. c. an ihren Darlegungen geübt, erscheint uns vollständig berechtigt und zutreffend.

§ 13. Verbrechenskonkurrenz.

Auch auf dem Gebiete der Verbrechenskonkurrenz äußert die akzessorische Natur der Teilnahme wichtige Konsequenzen.

Wir beantworten zunächst die Frage: Gibt es eine Teilnahme an der Teilnahme?

[1]) Zum gleichen Ergebnis kommt v. Liszt S. 219 Anm. 2 auch für das geltende Recht, was gewiß irrig ist.

[2]) Abweichend Kohler, Studien I S. 142.

Nach der hier vertretenen Anschauung ist diese Frage zu bejahen: denn die Teilnahmehandlung erscheint uns als selbständige strafbare Handlung.

Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus ist die Frage äußerst bestritten.

v. Liszt entscheidet die Frage in bejahendem Sinne; allerdings spricht er nicht von Teilnahme an der Teilnahme, sondern von mittelbarer Täterschaft. Ebenso Meyer-Allfeld Anm. 57 zu § 32; im Ergebnis übereinstimmend v. Bar § 331; anders Geyer in Holtzendorffs Handbuch 2 S. 388 Anm., Finger 1 S. 349, 350.

v. Birkmeyer scheint sich über diesen Fall nicht auszusprechen. Meines Erachtens spricht der Wortlaut des Gesetzes nicht für Bejahung der Frage; auch scheint mir die Annahme der Teilnahme an der Teilnahme mit der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht wohl verträglich. Wir möchten daher die Frage verneinen.

Von größerer Bedeutung als der eben besprochene Fall sind die folgenden Fälle:

1. Jemand begeht mehrere gleichartige Teilnahmehandlungen zu dem Verbrechen eines Dritten.

2. Jemand begeht mehrere ungleichartige Teilnahmehandlungen zu dem Verbrechen eines Dritten und endlich

3. Jemand verübt zu einer Mehrheit von Verbrechen eine Teilnahmehandlung.

Für den in Ziff. 1 genannten Fall führt die akzessorische Natur der Teilnahme in rein mechanischer Anwendung zu dem Ergebnis, lediglich wegen einer Teilnahmehandlung zu strafen.

Liegen dagegen Anstiftung und Beihilfe zu derselben Haupttat vor, so ergeben sich Schwierigkeiten.

Binding und Frank[1]) entscheiden diesen Fall dahin, daß juristisch nur eine strafbare Handlung vorliegt. Frank (Kommentar zum StGB. S. 132) glaubt den Grund darin zu finden, daß ebenso wie der Täter auch der Teilnehmer nur eine strafbare Handlung begehe, wenn er mehrere Bedingungen zu demselben Erfolge setzt.

Diese Begründung dürfte jedoch mit der Annahme der akzessorischen Natur der Teilnahme unverträglich sein.

Ob daraus, daß die Beihilfe gegenüber der Anstiftung die weniger bestrafte Teilnahmehandlung ist, deren Subsidiarität gegenüber der Anstiftung zu folgern ist — so die herrschende Lehre —, erscheint uns sehr zweifelhaft; wir möchten die Frage verneinen.

Auf dem gleichen Standpunkt steht Olshausen (§ 79, 18b), der folgerichtig in diesem Falle Idealkonkurrenz zwischen Anstiftung und Beihilfe annimmt.

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld S. 193.

Aus dem Gesagten folgt:

Die Vertreter der akzessorischen Natur der Teilnahme fühlen sehr wohl, wie diese beiden Fälle in einer den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Weise zu entscheiden sind; die Begründung jedoch, die sie geben, erweist sich als unzulänglich.

Nach der hier vertretenen Anschauung beurteilt sich der erste Fall nicht anders, als wenn der Täter sich verschiedener Werkzeuge zur Hervorbringung seines verbrecherischen Erfolges bedienen würde. Hienach kann ein Zweifel nicht bestehen, daß beispielsweise A, der den B und den C zur Ermordung des X bestimmt hat, wegen eines Verbrechens des Mordes bestraft wird.

Ebenso einfach und glatt beantwortet sich der zweite Fall, der folgende Sachlage unterstellt:

A stiftet den B an, den X zu ermorden; bei Vornahme des Mordes leistet A außerdem Beihilfe.

Wie Kohler § 4 a. a. O. treffend hervorhebt, ist es nicht anders, als wenn A den Mord begangen und sich selbst mit den Mitteln zur Tat ausgerüstet hätte. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus hätte der Satz Franks, den wir vorhin verwerfen mußten, volle Berechtigung; uns ist eben der Teilnehmer Täter.

Die Behandlung der Teilnehmer an konkurrierenden Verbrechen — der dritte Fall — kann für Anhänger der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht zweifelhaft sein: Je nachdem die Delikte, zu denen angestiftet (Beihilfe geleistet) wurde, in Ideal- oder Realkonkurrenz stehen, muß auch der Teilnehmer wegen Teilnahme an den ideal- oder realkonkurrierenden Delikten bestraft werden.

Diese Konsequenz wird denn auch von v. Birkmeyer § 86 seiner Teilnahmelehre mit aller Schärfe gezogen. Den gleichen Standpunkt hat auch das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen vertreten.[1]) Befriedigen kann dieses Ergebnis jedenfalls nicht; denn so wird, wie Binding treffend hervorhebt, die Handlungseinheit als Strafmilderungsgrund für den Täter anerkannt, für den Teilnehmer ignoriert, wieder einer der vielen Beweise für die Unhaltbarkeit der akzessorischen Natur der Teilnahme.

Wenn verschiedene Schriftsteller — so Olshausen, v. Liszt, Meyer-Allfeld, Frank — in diesem Falle zu der entgegengesetzten Anschauung kommen und Idealkonkurrenz annehmen, so entsprechen sie damit gewiß einem Gebote der Gerechtigkeit, aber mit der akzessorischen Natur der Teilnahme steht diese Entscheidung jedenfalls nicht im Einklang.

Wir gelangen auf Grund unserer Theorie in Anwendung des § 73 StGB. folgerichtig zu diesem Ergebnisse.

---

[1]) Siehe v. Birkmeyers Lehre von der Teilnahme S. 284.

§ 14. Ort und Zeit.

Wir haben nunmehr ein letztes Gebiet zu betrachten, auf welchem die akzessorische Natur der Teilnahme wichtige Wirkungen äußert oder vielleicht besser gesagt, äußern soll: wir meinen die Frage nach Ort und Zeit einer strafbaren Handlung.

Wenn A den B am 15. Juni in München anstiftet, den X am 30. Juni in Berlin zu töten und wenn wir nach Ort und Zeit der Begehung der Anstiftungshandlung fragen und diese Frage dahin beantworten, daß die Anstiftung am 30. Juni in Berlin erfolgte, so wird man dieses Ergebnis zum mindesten höchst befremdlich finden.

Nichtsdestoweniger finden sich einige Schriftsteller, die diese Ansicht vertreten, insbesondere v. Birkmeyer. Bezüglich des Ortes der Begehung einer Teilnahmehandlung spricht er sich (Teilnahmelehre § 83, 3) folgendermaßen aus:

„Die Teilnahmehandlung besitzt an sich allein noch nicht die nötige Kausalität für die Hervorbringung des gewollten verbrecherischen Erfolges. Erst die Täterhandlung erzeugt den letzteren und erst durch sie wird die Teilnahmehandlung mitwirksam für den Erfolg und dadurch strafbar. Folglich wird die Teilnahmehandlung auch an dem Ort zur strafbaren Beteiligung, wo die Täterhandlung begangen wird. Die Teilnahmehandlung ist, wo sie auch an sich verübt sein mag, kraft der akzessorischen Natur der Teilnahme im Rechtssinn begangen da, wo das Verbrechen selbst begangen ist.[1])"

In dieser Konsequenz ist jedenfalls zum mindesten eine Überspannung der akzessorischen Natur der Teilnahme zu erblicken, was uns eigenartig berührt angesichts der Bemerkung v. Birkmeyers auf S. 166 Anm. 279 l. c.: „Köstlin hat vollkommen recht, wenn er vor der Überspannung der akzessorischen Natur der Teilnahme warnt."

Unseres Erachtens liegt aber in dieser Folgerung nicht nur eine Überspannung der akzessorischen Natur der Teilnahme. Denn in diesem Falle müßten wir ja v. Birkmeyer eher bewundern wegen des Mutes der Konsequenz, es erscheint uns vielmehr unzulässig, diese Folgerung aus der akzessorischen Natur der Teilnahme zu ziehen. Wenn eine Handlung sich dann und dort abspielen würde, wo sie strafbar wird, dann hätte v. Birkmeyer recht; in diesem Falle würde die akzessorische Natur der Teilnahme dazu führen, die Haupttat in diesen beiden Beziehungen als maßgebend anzusehen. Allein eben auf diesem Irrtum scheint mir die Anschauung v. Birkmeyers zu beruhen.

Damit wir von einer Handlung sagen können, sie trete im Raum und in der Zeit in die Erscheinung, ist nichts weiter erforderlich, als daß irgendwelche Vorgänge in der Außenwelt bewirkt worden sind; dagegen kommt nicht in Betracht, wenn etwa diese Vorgänge hinterher

[1]) Dasselbe gilt für die Zeit der Begehung.

eine bestimmte Qualifikation erfahren, denn Vorgänge bleiben sie deswegen doch und diese Voraussetzung genügt vollständig zur Anwendung des Maßstabes der Zeit und des Ortes.

Man könnte nun einwenden:

Unser Gesetz spricht im Zusammenhang von Begehungsort und Begehungszeit von „Handlung". Dieser Begriff bedeute aber nichts anderes als „Delikt". Folglich stelle das Gesetz selbst Begehungsort und Begehungszeit auf den Eintritt der Strafbarkeit ab, wie sich überhaupt das Gesetz nur mit strafbaren Handlungen beschäftige.

Diese Argumentation können wir jedoch nicht als richtig anerkennen.

Gewiß, bei der Täterschaft ist es zutreffend, auf die Begehung der strafbaren Handlung abzustellen, weil hier die Handlung mit dem Momente ihrer Realisierung strafbar wird; es scheint uns denn auch der Gesetzgeber bei Formulierung der §§ 2 und 3 des StGB., wie der Wortlaut derselben ergibt, lediglich die Täterschaft im Auge gehabt zu haben.

Gehen dagegen, wie bei den Teilnahmehandlungen, Begehung der Handlung und Strafbarkeit nicht parallel, so resultiert aus dieser Verschiedenheit notwendig auch eine besondere Behandlung der Teilnahmehandlungen.

Von obiger Einwendung bleibt sonach nur das Eine wahr, daß erst die Begehung der Haupttat dem Richter Veranlassung gibt, sich mit der Teilnahmehandlung zu beschäftigen; die Haupthandlung qualifiziert somit die Teilnahmehandlung in besonderer Weise.

Gibt aber die Haupthandlung der Teilnahmehandlung lediglich eine bestimmte Qualifikation, so kann sie nicht nachträglich deren Begehungsort und Begehungszeit ändern, auch nicht in juristischer Beziehung, weil Ort und Zeit natürliche Maßstäbe sind, daher eine Beeinflussung durch juristische Theorien nicht vertragen.

Wir stellen demgemäß im Gegensatz, insbesondere zu v. Birkmeyer, auch für das geltende Recht den Satz auf:

Die Teilnahmehandlung ist dann und dort begangen, wann und wo sie begangen wurde.

Im Ergebnis befinden wir uns in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, die jedoch eine nähere Begründung für ihre Anschauung nirgends zu geben scheint.

Es sollen nunmehr die einzelnen Folgesätze und zwar zunächst hinsichtlich der Zeit der Begehung aus obigem Satze abgeleitet werden; in Parallele damit sollen die jeweiligen Folgerungen gestellt werden, wie sie sich aus der v. Birkmeyerschen Ansicht ergeben.

Vorausgeschickt muß noch werden, daß eine strafbare Handlung zu der Zeit und an dem Ort begangen ist, wann und wo der Täter in Ausführung der strafbaren Handlung persönlich tätig war.

Wir verwerfen somit die Anschauung, welche nur den Erfolg für Ort und Zeit der Begehung entscheiden läßt, nicht weniger auch die, welche Ausführung und Erfolg als gleichwertig betrachtet.

Zwei Momente scheinen uns für die Richtigkeit obiger Ansicht zu sprechen:

1. Das Wesentliche jedes Verbrechens ist in der verbrecherischen Tätigkeit zu erblicken, wie denn bei den reinen Tätigkeitsdelikten und den im Versuchsstadium stecken gebliebenen Erfolgsdelikten es überhaupt an einem Erfolge fehlt.

2. ist Zeit und Ort des Eintritts des Erfolges oft von zufälligen Umständen abhängig.

Demgemäß können wir jetzt genauer sagen:

Eine Teilnahmehandlung ist zu der Zeit und an dem Ort begangen, wo der Teilnehmer tätig geworden ist.

Für v. Birkmeyer dagegen, der im übrigen auch auf die Tätigkeit das entscheidende Gewicht legt, ist Zeit und Ort der Begehung einer Teilnahmehandlung da, wo der Haupttäter tätig geworden ist.

Wenden wir uns nunmehr zu den einzelnen Folgesätzen aus den beiden Anschauungen.

1. Wir strafen den Teilnehmer nicht, wenn zur Zeit seiner persönlichen Tätigkeit ein entsprechendes Strafgesetz nicht bestanden hat, auch wenn zur Zeit der Vornahme der Haupthandlung ein solches existiert hat, wohl aber im umgekehrten Fall.

v. Birkmeyer dagegen straft die Teilnahmehandlung, auch wenn zur Zeit ihrer Vornahme ein entsprechendes Strafgesetz nicht existiert hat, wenn nur ein solches zur Zeit der Vornahme der Haupthandlung bestanden hat.

Hat aber zur Zeit der Ausführung der Teilnahmehandlung ein Strafgesetz bestanden, ist dieses jedoch zur Zeit der Vornahme der Haupthandlung außer Kraft getreten, so geht der Teilnehmer straflos aus; wahrlich höchst unbillige Ergebnisse.

2. Nach unserer Anschauung kommt der § 2 Abs. 2 StGB. in all den Fällen in Frage, in welchen zur Zeit der Vornahme der Teilnahmehandlung ein anderes Gesetz bestand, als zur Zeit ihrer Aburteilung, auch wenn die Haupthandlung unter der neuen Gesetzgebung begangen wurde.

v. Birkmeyer dagegen muß die Anwendung dieser Gesetzesstelle auf Fälle beschränken, in denen Teilnahme- und Verbrechertätigkeit vor der Gesetzgebung vorgenommen worden sind, unter welcher das Verbrechen zur Aburteilung kommt; wiederum ein unbefriedigendes Resultat.

3. Die wichtigste Konsequenz betrifft die Verjährung. Nach unserer Anschauung beginnt eine Teilnahmehandlung zu verjähren vom Zeitpunkt ihrer Beendigung an.

Wir erwarten sofort den Einwand: Also kann die Handlung verjähren, bevor sie überhaupt strafbar geworden ist.

Daß ein Anspruch erst beginnen kann zu verjähren, wenn er entstanden ist, ist zweifellos für das Zivilrecht zutreffend. Zivilrechtliche Grundsätze sind jedoch nicht ohne weiteres auf das Strafrecht zu übertragen; denn hier sind ganz andere Gesichtspunkte maßgebend, wie dort.

Dort handelt es sich um Ansprüche, deren Durchführung lediglich unter dem Gesichtspunkt des Egoismus des einzelnen zu betrachten ist; hier dagegen um Ansprüche, deren Durchführung nur im Interesse des Gesamtwohls erfolgen soll. Und von diesem Gesichtspunkt aus läßt sich sehr wohl die Möglichkeit rechtfertigen, daß eine strafbare Handlung verjährt, bevor noch ein Strafanspruch erzeugt war.

v. Birkmeyer § 87 führt noch als weiteres Argument dafür, daß Strafbarkeit eines Deliktes nicht Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist, die Tatsache an, daß Antragsdelikte vor Stellung des Antrages, mithin vor Eintritt des Strafanspruches, verjähren.

Nach der v. Birkmeyerschen Anschauung dagegen beginnt die Verjährung einer Teilnahmehandlung erst in dem Augenblicke, in welchem die Haupthandlung abgeschlossen ist.

Bemerkt mag noch werden, daß es unseres Erachtens nicht angeht, die auch hier vertretene Anschauung auf § 67 Abs. IV des StGB. zu stützen, wie es v. Liszt S. 292 Anm. 3 tut. Denn diese Beweisführung scheint uns der akzessorischen Natur der Teilnahme zu widersprechen. Vgl. die Argumentation v. Birkmeyers S. 174 1. Absatz.

Daß die von uns vertretene Anschauung hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Begehung einer Teilnahmehandlung zu dem von uns auch nach geltendem Rechte festgestellten Ergebnis führt, bedarf wohl keines weiteren Beweises.

Nur hinsichtlich der Anstiftung allerdings könnten Zweifel bestehen.

Man könnte geneigt sein, als Ort der Begehung nicht nur den zu betrachten, wo der Anstifter tätig geworden, sondern auch den, wo das Werkzeug, gewissermaßen die Person des Urhebers repräsentierend, gehandelt hat.[1])

Dies wäre jedoch unzutreffend. Denn die Tätigkeit des Anstifters — und auf diese allein kommt es hier an — ist mit der Einwirkung auf das Werkzeug, gleich ob dieses eine zurechnungsfähige oder unzurechnungsfähige Person ist, beendet; das Tätigwerden des Werkzeuges dagegen ist bereits Erfolg. Es ist nicht anders, als wenn A den B, der gerade mit dem Putzen einer Dampfmaschine beschäftigt ist, dadurch tötet, daß er durch Einlassen des Dampfes die Maschine in Bewegung setzt: hier hat A lediglich da gehandelt, wo er tätig geworden ist, also das Ventil geöffnet hat usw., nicht aber gerade da, wo das Werkzeug, die Maschine, sich befindet.

[1]) Daß Binding (S. 424) zu diesem Ergebnis kommt darf uns nicht beirren, da er Tätigkeit und Erfolg für den Ort der Begehung entscheiden läßt.

Demgemäß verwerfen wir auch die Anschauung, welche für Zeit und Ort der Begehung der mittelbaren Täterschaft die Handlung des Werkzeuges maßgebend sein läßt.[1])

Die größte Rolle spielt nun die Frage des Ortes der Begehung einer strafbaren Handlung auf dem Gebiete des internationalen Strafrechts; hier handelt es sich um die Abgrenzung der Strafgewalt mehrerer Staaten.

In der folgenden Untersuchung müssen zwei Fragen, die zu Unrecht nicht selten noch miteinander verquickt werden, scharf auseinandergehalten werden, einmal die Frage: wo ist eine strafbare Handlung begangen und die andere Frage: nach welchen Gesetzen beurteilt sich ihre Strafbarkeit.

Die Entscheidung: wo ist eine Teilnahmehandlung begangen ist unschwierig zu finden je nach dem Standpunkt, den man einnimmt.

Nach unserer Anschauung ist die Teilnahmehandlung überall da begangen, wo der Teilnehmer gehandelt hat. Hat A im Inland zu einem im Ausland zu begehenden Mord angestiftet, ist die Anstiftung im Inland begangen und umgekehrt.

Nach der v. Birkmeyerschen Anschauung ist der Ort der Haupttat maßgebend d. h. im ersten Falle hätte A die Anstiftung im Ausland begangen.

Das Reichsgericht vertritt noch eine dritte Auffassung, die etwa dahin lautet: Gestraft werden muß immer. In dieser Formulierung allerdings ist die Auffassung nicht sehr wissenschaftlich. Man kann ihr aber sofort ein entsprechendes Mäntelchen umhängen, indem man sagt: Das Realprinzip verlangt Bestrafung in allen Fällen, mag nun die Teilnahmehandlung im Inland, die Haupttat im Ausland verübt sein oder umgekehrt.

Darauf hätten wir zu entgegnen, daß das Territorialitätsprinzip in unserem Gesetz die Regel ist, das Realprinzip die Ausnahme.

Im einzelnen gelangt das Reichsgericht, ausgehend von der Anschauung, welche Handlung und Teilnahmehandlung als gleichbedeutend für den Begehungsort ansieht, und unter Verwertung der akzessorischen Natur der Teilnahme zu folgenden Ergebnissen:

1. Die Teilnahmehandlung ist im Inland verübt zu einer im Ausland begangenen Haupttat.

Das Reichsgericht sagt (9, 10): Die strafbare Handlung ist gemäß § 3 im Inland verübt, sobald auch nur die individuelle Willensbetätigung des Handelnden sich auf deutschem Boden vollzogen hat.

Hieraus folgt des weiteren, daß es für den inländischen Begehungsakt einer Beihilfehandlung nicht darauf ankommt, ob die Haupttat, zu welcher die Beihilfe geleistet wird, im Auslande begangen worden ist. Dadurch verliert die Beihilfehandlung nichts an derjenigen kon-

[1]) StGB. v. Liszt S. 220 Anm. 8. Gegen v. Liszt auch Meyer-Allfeld S. 117 N. 7.

kreten örtlichen Begrenzung, welche ihr in ihrer selbständigen Erscheinung einmal beiwohnt, und sie dem inländischen Strafrecht unterwirft.

In diesem Falle nimmt also das Reichsgericht den richtigen Standpunkt ein im Gegensatz zur Anschauung v. Birkmeyers.

2. Die Teilnahmehandlung ist im Ausland verübt, die Haupttat im Inland.

Hier kommt zunächst die Entscheidung des Reichsgerichts 19, 147 in Betracht.

Das Reichsgericht argumentiert folgendermaßen: Es geht zunächst davon aus, daß, falls sich die Begehung einer strafbaren Handlung sukzessiv über mehrere Orte erstreckt, jeder dieser Orte als der Ort der begangenen Tat im Rechtssinne zu gelten habe. Das gleiche sei auch der Fall bei Verschiedenheit des Ortes, wo gehandelt wird und wo der Erfolg eintritt, da dieser den vom Täter gewollten Abschluß seines Handelns darstelle.

Dann kommt es auf die akzessorische Natur der Teilnahme zu sprechen:

Die Beihilfehandlung als solche ist hiernach ein strafrechtlich gleichgültiger Akt, sie wird erst strafbar mit der Begehung der Haupttat. Aus dieser akzessorischen Natur der Beihilfe ergibt sich, daß als der Ort, wo sie als strafbare Handlung begangen wurde, nicht bloß der Ort, an welchem der Hilfeleistungsakt vor sich ging, sondern auch der Ort anzusehen ist, an welchem die ihre Strafbarkeit bedingende Haupttat verübt wurde. Dementsprechend war in dem Fall, in welchem der Beihilfeakt im Inland sich vollzog, die Beihilfe als im Inlande begangen anzusehen, obwohl die Haupttat im Auslande verübt wurde.

Daraus folge aber nicht für den umgekehrten Fall einer im Inland betätigten Beihilfe zu einer im Ausland begangenen Tat, daß die Beihilfe als strafbare Handlung nur im Ausland begangen sei. Sie ist auch dort begangen, da die Willensbetätigung sich im Ausland vollzog, sie ist aber zugleich im Inland verübt, wo sie als Straftat zur Existenz gelangte und dies genüge, um gemäß § 3 des StGB. sie unter das deutsche Strafgesetz fallen zu lassen.

Wahrhaftig in wenig Worten viele Widersprüche!

Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme wird die Selbständigkeit der Teilnahmehandlung und zugleich auch ihre Abhängigkeit von der Haupttat gefolgert! Die Beihilfe ist an dem Orte, wo sie vollzogen wurde, als strafbare Handlung begangen worden und doch ist die Beihilfehandlung ein strafbar gleichgültiger Akt! Wie verträgt es sich, die Haupthandlung als Bedingung der Strafbarkeit anzusehen, mit dem Wesen der akzessorischen Natur der Teilnahme nach geltendem Recht?

Und wie widerspruchsvoll ist diese Begründung verglichen mit der des unter Ziffer 1 zitierten Urteils. Hier wird von der „selbständigen Erscheinung der Beihilfehandlung" gesprochen; dort von der Beihilfehandlung als „einem strafrechtlich gleichgültigen Akt!"

Der Schluß der zuletzt besprochenen Entscheidung erscheint wie eine feierliche Verwahrung gegen die Logik.

Wenn daher v. Birkmeyer in § 139 seiner Teilnahmelehre dem Reichsgericht den Vorwurf der Inkonsequenz macht und insbesondere die zuletzt zitierte Entscheidung für vollständig verfehlt hält, so können wir uns dieser Kritik nur anschließen.

Interessant ist auch die Entscheidung des Reichsgerichts 11, 20. Es heißt in derselben:

Für die Strafbarkeit der Beihilfe folgt aus der akzessorischen Natur derselben, daß, wenn die Haupttat der Absicht des Beihilfeleistenden gemäß im Inland verübt wurde und erst hiedurch seine Handlung zu einer strafbaren geworden ist, auch die im Ausland geleistete Beihilfe als eine im Inland begangene strafbare Handlung zu gelten und dem inländischen Strafgesetz zu unterliegen hat.

Hier legt das Reichsgericht Gewicht auf die Absicht des Beihilfeleistenden, der gemäß die Haupttat im Inland verübt sein muß.

Allein diese Anschauung, nach welcher der Ort des Erfolges als der Begehungsort nur maßgebend ist, falls er dem Willen des Teilnehmers enspricht, halten wir für verfehlt: Sie beruht einmal auf der, wie bereits hervorgehoben, unrichtigen Auffassung, welche den Ort des Erfolges als Ort der Begangenschaft ansieht, außerdem führt sie zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß der Teilnehmer den Begehungsort zu bestimmen in die Lage versetzt wird. In ganz ähnlicher Weise begründet übrigens endlich das Reichsgericht in einer Entscheidung 25, 424 die Anschauung, daß auch die im Ausland betätigte Anstiftung zu einer im Inland begangenen Haupttat als eine im Gebiete des Deutschen Reiches verübte strafbare Handlung anzusehen sei.

Nach ganz anderen Gesichtspunkten, als solche für die Frage des Ortes der Begehung einer strafbaren Handlung maßgebend sind, bemißt sich die nunmehr zu erörternde Frage, nach welchen Gesetzen sich die Strafbarkeit der Teilnahmehandlung richtet.

Setzen wir den Fall: die Teilnahmehandlung ist im Inland, die Haupttat im Ausland verübt.

Je nach der vertretenen Anschauung ergeben sich hier folgende Konsequenzen:

1. Verselbständigt man mit uns die Teilnahmehandlungen, so liegt eine im Inlande begangene strafbare Handlung vor, deren Beurteilung nach inländischem Strafrecht sich richtet.

2. Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme folgt, daß der Teilnehmer nach inländischem Recht nur verfolgt werden kann, falls hinsichtlich der Person des Täters die Voraussetzungen des § 4 StGB. gegeben sind.

3. Nach v. Birkmeyer sind Teilnahmehandlung und Haupttat als im Ausland begangen anzusehen.

Folglich kann der Teilnehmer nach inländischem Recht nur verfolgt werden, wenn sowohl hinsichtlich seiner Person als auch hinsichtlich der des Täters die Voraussetzungen des § 4 StGB. gegeben sind.

Es leuchtet sofort ein, daß nur die Anschauung unter Ziffer 1 zu befriedigenden Ergebnissen führt.

Der von v. Birkmeyer vertretene Standpunkt führt dazu, daß in Fällen, in welchen unser Empfinden gebieterisch Bestrafung der Teilnehmer fordert, Straflosigkeit eintritt. Aus dem obigen Grunde sind auch die in Ziffer 2 angegebenen unserem geltenden Recht entsprechenden Konsequenzen praktisch unverwertbar.

Infolgedessen ist die Praxis dazu gelangt, diese Frage auf andere Weise, durch einen Akt der Gewalt zu lösen: Man sieht ganz ab davon, ob hinsichtlich der Person des Täters die Voraussetzungen des § 4 StGB. gegeben sind und betrachtet die Haupttat fiktiverweise als im Inland erfolgt.

Diesen Standpunkt vertritt z. B. Olshausen § 3 Nr. 18 und insbesondere das Reichsgericht in der Entsch. 9, 10.

Läßt sich die Anschauung auch von unserem geltenden Recht aus nicht rechtfertigen, so soll doch nicht geleugnet werden, daß sie hohe praktische Vorzüge besitzt.[1])

Auch die Streitfrage, wie es mit der Bestrafung des Teilnehmers zu halten sei, wenn die Haupttat am Ort ihrer Vornahme straflos ist, beantwortet sie in befriedigender Weise dahin, daß diese Straflosigkeit dem Teilnehmer nicht zugute kommt.

Die Anschauung, welche die Teilnahmehandlung als selbständig ansieht, führt zu dem gleichen Ergebnis, aber folgerichtig, ohne den Vorwurf der Inkonsequenz auf sich laden zu müssen.

Somit hat sich auch auf dem Gebiete des internationalen Strafrechts die Unbrauchbarkeit der akzessorischen Natur der Teilnahme erwiesen.

§ 15. Mittäterschaft.

An die Spitze unserer Ausführungen stellen wir zur Illustration des Folgenden die Beispiele:

1. A und B steigen zufällig zusammen ein, jeder nimmt einen Gegenstand.

2. A und B steigen nach Verabredung zusammen ein und tragen eine Kassette weg.

3. A und B, die voneinander nichts wissen, schießen in Tötungsabsicht auf den X; durch beider Verletzungen wird dessen Tod herbeigeführt.

[1]) Im anderen Falle käme der deutsche Richter nicht selten in die Lage, ausländisches Recht anwenden zu müssen!

Das erste Beispiel bietet in der Betrachtung keinerlei Schwierigkeiten: In der Person des A wie des B ist der gesamte Tatbestand des Einbruchsdiebstahls vollständig erfüllt; so viele Ausführungshandlungen, so viele Erfolge. Ein Zweifel, daß jeder als Täter zu bestrafen ist, kann nicht bestehen.

Dem unter 3 gewählten Beispiel ist das eigentümlich, daß durch die Tätigkeit zweier Personen ein Erfolg herbeigeführt wird; im Gegensatz zum Fall 2 resultiert aber dieser Erfolg nicht aus einem gemeinschaftlichen, sondern aus einem getrennten, gegenseitig unabhängigen Handeln.

Der Fall nun, daß zwei gemeinschaftlich einen Erfolg herbeiführen, ist in unserem Strafgesetzbuch behandelt; man spricht hier von „Mittäterschaft".

Ebenso wie der unter 1 genannte Fall hat der unter 3 genannte in der folgenden Untersuchung auszuscheiden; denn hier haben wir es ebenfalls mit echten Tätern zu tun und die Beantwortung der Frage, inwieweit sie vielleicht für den durch ihr beider Handeln herbeigeführten Erfolg haften, liegt auf einem ganz anderen Gebiete als dem hier behandelten, nämlich auf dem des Kausalitätsproblems. Unseres Erachtens wird gerade dieser Gesichtspunkt nicht immer mit der nötigen Schärfe betont: Wenn mehrere Personen durch gemeinsames Handeln, jedoch unabhängig voneinander, einen Erfolg herbeiführen, so ist die Entscheidung der Frage, inwieweit diese Personen für den Erfolg haftbar gemacht werden können, lediglich abhängig von der Kausalitätstheorie die man vertritt.

Nur der unter 2 erwähnte Fall hat mit der Teilnahmelehre etwas zu schaffen.

Bevor wir jedoch auf denselben näher eingehen, sei noch ein kurzes Wort über die technische Bezeichnung der drei verschiedenen Fälle gesagt.

Im ersten Falle spricht man von Mittäterschaft im weiteren Sinne im Gegensatz zum Mittäter des § 47 als Mittäter im engeren Sinne. Für Fälle nach Art des in Ziffer 3 genannten Beispiels bedient man sich des Ausdrucks: Mehrtäterschaft: im Gegensatz zur Mittäterschaft des § 47.

Eine andere Terminologie ist die v. Liszt'sche:[1]) Er faßt die Fälle unter 2 und 3 unter der Bezeichnung „Mehrtäterschaft" zusammen und unterscheidet, je nachdem der Erfolg durch bewußtes Zusammenwirken herbeigeführt wird oder nicht, Mittäter- und Nebentäterschaft (Fall 3).

Unseres Erachtens sind alle diese Bezeichnungen deswegen glückliche nicht zu nennen, weil sie das Charakteristische der Fälle, die sie unterscheiden sollen, nicht genügend hervortreten lassen.

Wir erblicken das Charakteristische dieser Fälle in folgendem:

[1]) § 50, IV.

Im Fall 2 darin, daß die mehreren Personen gemeinschaftlich handeln, im Fall 3 darin, daß nur der Erfolg des Handelns der mehreren Personen gemeinschaftlich ist, im Fall 1 besteht in Wirklichkeit überhaupt keine Gemeinschaft.

Wir schlagen demnach folgende Terminologie vor:

Wir bezeichnen die Fälle unter 2 als Fälle der Tatgemeinschaft, Fälle unter 3 als Fälle der Erfolgsgemeinschaft und Fälle unter 1 als Fälle von Scheingemeinschaft.

Dieses vorausgeschickt soll nunmehr das Wesen der Mittäterschaft geprüft werden.

Es erhebt sich sofort die Hauptfrage:

Ist die Mittäterschaft Teilnahme oder echte, reine Täterschaft, Mit-Täterschaft?

Sieht man den Mittäter als Teilnehmer an, so ist die logische Folge die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme auch für den Mittäter; denn wenn der Mittäter Teilnehmer ist, also den verbrecherischen Erfolg nicht verursacht hat, da jeder Teilnehmer nur eine Bedingung für den verbrecherischen Erfolg setzt,[1]) trotzdem aber für diesen bestraft wird, so kann er seine Strafbarkeit nicht in sich tragen.

Nun ergibt aber ein flüchtiger Vergleich etwa mit der Anstiftung bereits, daß es ein Unding ist, die akzessorische Natur der Teilnahme auch für Mittäter anzuwenden.

Bei der Anstiftung sind alle strafrechtlichen Requisite eines Täters in der Person dessen, der die Haupthandlung begeht, gegeben; wir haben also eine Person, aus der der Teilnehmer seine Strafbarkeit entlehnen kann.

Anders bei der Mittäterschaft. Im Gegensatz zur Anstiftung haben wir es hier mit dem gleichgeordneten Verhältnis der Beteiligten zu tun. Keiner ist Täter, jeder nur Mittäter. Aus wessen Person soll unter diesen Umständen die Strafbarkeit entlehnt werden? Sollte man sich etwa ein lebloses Wesen konstruieren, das gewissermaßen alle Teiltäter in sich aufnimmt und sie zu dem Täter vereinigt? Das geht doch wohl kaum an.

Trotzdem sind es nur wenige Schriftsteller, die es wagen, die akzessorische Natur der Mittäterschaft offen zu leugnen; die meisten hüllen sich in zweifelhaftes Schweigen; v. Birkmeyer (§ 70 seiner Teilnahmelehre) umgekehrt betont ausdrücklich den akzessorischen Charakter der Mittäter, konsequent seiner Auffassung von der Mittäterschaft als einer Form der Teilnahme. v. Birkmeyer geht auch hier wiederum von seiner Kausaltheorie aus und argumentiert folgendermaßen:

Jeder Teilnehmer, auch der Mittäter, setzt bloß eine an sich nicht strafbare Bedingung zu dem verbrecherischen Erfolg.[2])

[1]) v. Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme § 68.
[2]) v. Birkmeyer I S. 146 und 136 seiner Teilnahmelehre.

Daß aber der Mittäter für den ganzen Erfolg gestraft wird, obwohl er nicht kausal für den Erfolg war oder doch nur einen Teil des Erfolges verursacht hat, erreicht v. Birkmeyer auf dem uns bereits bekannten Weg: Das Bewußtsein und Wollen des Mittäters, daß die eigene Tätigkeit durch die Tätigkeit des anderen zur Ursache des Erfolges ergänzt wird, ersetzt die mangelnde bzw. ungenügende Kausalität.

Alle bereits an anderer Stelle gegen diese Anschauung von der Aneignung der Tätigkeit eines anderen durch den Willen geltend gemachten Einwendungen greifen auch hier wiederum durch.

Nur das eine mag nochmals betont werden: jeder Mittäter hat nur eine an sich straflose Bedingung gesetzt; die Ursache soll der die einzelnen beherrschende Gesamtwille sein. Ein Gesamtwille, ein lebloses konstruktives Wesen, kann aber doch nie einen verbrecherischen Erfolg verursachen![1])

Die Unrichtigkeit dieser Anschauung zeigt endlich auch klar die Konsequenzen, zu denen sie führt.

Wenn z. B. mehrere durch gemeinschaftliches fahrlässiges Handeln einen Erfolg hervorgebracht haben, so können sie nicht gestraft werden, da keiner den Erfolg verursacht hat und der die fehlende Kausalität ergänzende Faktor — das bewußte und gewollte Zusammenwirken — hier nicht gegeben ist.

Das gleiche müßte gelten, wenn von zwei Personen, die einen Erfolg hergestellt haben, die eine dolos, die andere fahrlässig gehandelt hat, weshalb z. B. da unser geltendes Recht eine fahrlässige Anstiftung nicht kennt, der fahrlässig handelnde Anstifter wie der vorsätzlich handelnde Haupttäter straflos ausgehen würden.

Auch dieses unbrauchbare Ergebnis ist geeignet, die Unrichtigkeit und Unhaltbarkeit der v. Birkmeyerschen Anschauung darzutun.

Nach richtiger Ansicht ist die Mittäterschaft nicht eine Form der Teilnahme, sondern echte wahre Täterschaft: Jeder Mittäter ist Täter, von seinem Standpunkt aus betrachtet; die andern Mittäter erscheinen lediglich als Werkzeuge in seiner Hand zur Herstellung des verbrecherischen Erfolges. Auch der Mittäter spielt jene bereits beim Angestifteten hervorgehobene Doppelrolle, je nachdem man ihn von seinem Standpunkt aus oder von dem der übrigen Mittäter aus betrachtet. Nach unserer Anschauung ist es also gleichgültig, ob Fälle der Erfolgs- oder Tatgemeinschaft vorliegen. Die handelnden Personen sind uns stets Täter. Hierin hat man nun einen Beweis für die Unrichtigkeit unserer Anschauung zu finden geglaubt, indem man sagte:

Wenn ihr einen Unterschied im Wesen der gesetzlich geregelten Tatgemeinschaft im Gegensatz zu der vom Gesetz nicht berücksichtigten Erfolgsgemeinschaft nicht findet, so ist der § 47 überhaupt überflüssig. Es ist aber eine alte Interpretationsregel, das Gesetz nicht so auszulegen, daß es etwas völlig Überflüssiges und Selbständiges sagen würde.

[1]) Zutreffend Nagler S. 77.

Wir antworten hierauf:

Gewiß, nach unserer Anschauung ist auch der § 47 vollständig überflüssig, vorausgesetzt, daß der Gesetzgeber damit beabsichtigt hätte, einen Gegensatz zwischen Fällen der Tatgemeinschaft und der Erfolgsgemeinschaft zu statuieren.

Dies war aber, wie die Motive ergeben, gar nicht die Absicht des Gesetzgebers; er bezweckte mit dieser Bestimmung lediglich, die Beihilfe von der Mittäterschaft abzugrenzen, wie dies auch daraus hervorgeht, daß der erste Entwurf des deutschen Strafgesetzbuches eine Bestimmung analog des jetzigen § 47 für überflüssig gehalten hatte.

Mit dem Gesagten widerlegen sich auch die Ausführungen bei Haas S. 14[1], der übrigens mit den Darlegungen im zweiten Absatz auf dieser Seite die des ersten selbst als unrichtig anerkennt. Wir halten also daran fest: Mittäterschaft ist echte Täterschaft (nicht Teilnahme).

Die wichtigsten Konsequenzen aus diesem Satze sind folgende:

1. Da wir den Mittäter als Täter auffassen, erkennen wir auch eine fahrlässige Mittäterschaft an. In dem bekannten Beispiele, daß mehrere Arbeiter gemeinschaftlich einen Balken fahrlässig, ohne die Vorübergehenden zu warnen, von dem Gerüst herunterwerfen und dadurch eine Person töten, strafen wir jeden wegen fahrlässiger Tötung, ein ebenso folgerichtiges wie der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechendes Ergebnis.

2. Jeder Mittäter kann sich durch Rücktritt vom Versuch und tätige Reue Straflosigkeit sichern.

Hiebei wäre zu bemerken, daß der Mittäter, der ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat — ich möchte von einem Zwischenerfolg reden — (z. B. Aufsperren einer Türe mittels eines Dietrichs zur Verübung eines Diebstahls[2]), diesen Zwischenerfolg rückgängig machen muß, wenn er sich Straflosigkeit verschaffen will; denn sonst lebt der von ihm hergestellte Zwischenerfolg in der Tat der anderen Mittäter fort, ein Umstand, der wieder zu seiner Strafbarkeit führen müßte.

3. Was den Exzeß eines Mittäters betrifft, so kommt hier in Betracht, wie weit der Vorsatz eines jeden Mittäters reicht und inwieweit demgemäß der andere Mittäter lediglich als dessen Werkzeug anzusehen ist. Eine Ausnahme besteht natürlich hier, wie auch bei der Anstiftung, in den Fällen der Erfolgshaftung.

4. Bei den Absichtsdelikten genügt es, wenn auch nur einer der Mittäter die vom Gesetz geforderte Absicht hat; denn es kann z. B. keinen Unterschied machen, ob ich mir die gestohlenen Sachen selbst aneignen will, oder ob ich will, daß sie sich ein anderer aneigne. Vergleiche bezüglich dieser auch in der Anstiftung auftauchenden Frage S. 28.

[1]) Die Mehrtäterschaft, Diss. 1898.

[2]) Ebenso Frank zu § 47. Doch wird in derartigen Fällen ein nichtbeendeter Versuch anzunehmen sein.

5. Daß die persönlichen Eigenschaften Verhältnisse, soweit sie straferhöhend oder strafmindernd Einfluß üben, lediglich dem Mittäter zugerechnet werden, in dessen Person sie vorliegen, so ergibt sich von selbst, die besondere Bestimmung des § 50 wäre überflüssig.[1])

Daß auch eine Frauensperson Mittäterin bei dem Verbrechen der Notzucht sein kann, wird von der überwiegenden Zahl der Schriftsteller nicht bestritten.

Dagegen geht die gemeine Meinung dahin, daß ein Nichtbeamter nicht Mittäter an dem Beamtendelikt sein könne. Dieser Ansicht können wir nicht beipflichten.

Wenn ein Nichtbeamter zur Begehung eines Deliktes, das er in Person nicht begehen kann, ein geeignetes Werkzeug, hier einen Beamten sich erwählt, so ist kein Grund vorhanden, ihn für den Erfolg, den das von ihm ausgesuchte Werkzeug nach seinem Willen und seiner Absicht hervorbringt, nicht haften zu lassen; dadurch, daß er ein bestimmtes Werkzeug benützt, um den von ihm beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, macht er die besonderen Eigenschaften (Beamteneigenschaften) des Werkzeugs samt den aus ihnen — nach seinem Willen — hervorgegangenen Erfolg zu dem seinen.

Deshalb ist es gerechtfertigt, ihn wegen dieses Erfolges zu strafen.

Die Einwendungen der herrschenden Lehre, insbesondere Naglers, gegen diese Argumentation wurden bereits an früherer Stelle S. 31 besprochen.

Auf dem hier vertretenen Standpunkt scheint nur v. Buri[2]) zu stehen.

Olshausen,[3]) der die hier bekämpfte Anschauung vertritt, ist wenigstens insoferne konsequent, als er auch Mittäterschaft einer Frauensperson bei dem Verbrechen der Schändung für ausgeschlossen hält.

Dagegen scheint mir die Auffassung v. Liszts[4]) widerspruchsvoll, der den Nichtbeamten von der Mittäterschaft bei dem Amtsdelikt ausschließt, dagegen für möglich hält, daß ein Nichtbeamter ein Amtsdelikt als mittelbarer Täter begehe.

6. Jeder Mittäter hat das Verbrechen an dem Ort und zu der Zeit begangen, wo er tätig geworden ist.

Für v. Birkmeyer müßte die Beantwortung dieser Frage eigentlich Schwierigkeiten bieten, da es ja hier an einem Haupttäter fehlt, mithin auch ein Ort der Begehung überhaupt nicht vorhanden ist.

v. Birkmeyer allerdings setzt sich über diese Schwierigkeit hinweg, indem er den Satz aufstellt:[5]) Die Mittäterschaft ist uns begangen überall da, wo der eine oder andere Mittäter als solcher handelte, denn an jedem dieser Orte wurde das Verbrechen ausgeführt.

---

[1]) So auch zutreffend Nagler S. 79 Anm. 1.
[2]) Z. für StRW. II S. 294.
[3]) § 47 Anm. 20.
[4]) S. 219 Anm. 3; S. 222 Anm. 3.
[5]) S. 176 l. c.

Ich glaube, v. Birkmeyer müßte vielmehr in Konsequenz seiner Anschauung umgekehrt sagen: Das Verbrechen ist nirgends begangen; denn es wurde nirgends ausgeführt.

Betont er doch in § 50 seiner Teilnahmelehre: Das, was jeder (Mittäter) für sich betrachtet, tut, stellt sich nur als eine Bedingung des Erfolges dar. Setzen von Bedingungen aber ist straflos (S. 145 l.c.). Eine Person, die den verbrecherischen Erfolg verursacht, ist nicht vorhanden; der Gesamtwille aber ist lediglich ein konstruktives Gebilde, daher für Bestimmung von Ort und Zeit der strafbaren Handlung nicht zu verwerten.

Im Ergebnis stimmt mit v. Birkmeyer überein Binding;[1]) seine Begründung aber ist eine andere. Nach ihm ist es so anzusehen, als ob der im Ausland befindliche Mittäter durch seine im Inland handelnden Spießgesellen vertreten würde.

Diese Anschauung Bindings ist dann zutreffend, wenn man — was wir als richtig nicht anerkennen — für Ort und Zeit einer strafbaren Handlung Tätigkeit und Erfolg als gleichwertige Faktoren in Betracht zieht.

Auf dem gleichen Standpunkt steht endlich das Reichsgericht, jedoch wiederum mit anderer Begründung, der wir aber ebenfalls nicht beipflichten können.[2])

§ 16. Zusammenhang zwischen akzessorischer Natur der Teilnahme und Kausalitätsproblem.

Steht die akzessorische Natur der Teilnahme im Zusammenhang mit dem Kausalitätsproblem, derart, daß je nachdem man die eine oder andere Kausalitätstheorie für richtig hält, man zur Anerkennung oder Leugnung der akzessorischen Natur der Teilnahme kommen muß?

In dieser schwierigen Frage scheint uns folgendes festzustehen:

Wer von der v. Burischen Kausalitätstheorie ausgeht, daß jede Bedingung Ursache des Erfolges und dieser unteilbar ist, der muß logischerweise die akzessorische Natur der Teilnahme verwerfen. Denn darnach hat auch derjenige, der lediglich eine Bedingung zu dem Erfolge gesetzt hat, diesen verursacht, es liegen in seiner Person alle die Merkmale vor, die den Täter eines verbrecherischen Erfolges kennzeichnen, er ist mithin selbst als Täter zu betrachten.

Bei dieser Anschauungsweise ist ein Raum für die akzessorische Natur der Teilnahme nicht vorhanden: Wer Täter ist, braucht den Grund seiner Strafbarkeit nicht aus fremdem verbrecherischen Verhalten entlehnen, er trägt ihn vielmehr in sich selbst.

---

[1]) HB. des Strafr. Bd. 1 S. 424.
[2]) Vgl. die zutreffende Widerlegung bei Kitzinger S. 224.

Ebenso scheint uns über allen Zweifel erhaben, daß, wer die v. Birkmeyersche Theorie für richtig hält, unbedingt zur Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme gelangen muß.

Denn der Teilnehmer setzt lediglich eine Bedingung zu dem Erfolg; das Setzen von Bedingungen aber ist straflos. Wenn nun trotzdem der Teilnehmer für etwas, was er nicht verursacht hat, gestraft werden soll, so bleibt gar nichts anderes übrig, als den Grund seiner Strafbarkeit außerhalb seiner Person zu setzen.

Aus dem Gesagten folgt demnach:

Die beiden das Strafrecht beherrschenden Theorien führen in der Ausbildung, die sie durch ihre konsequentesten Vertreter erfahren haben, notwendig zur Leugnung bzw. Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme.

Nun wird vielfach behauptet, daß die akzessorische Natur der Teilnahme nicht derart eng mit diesen Grundprinzipien des Strafrechts im Zusammenhang stehe, daß man, je nachdem man das eine oder andere dieser Grundprinzipien für richtig hält, auch zur Anerkennung beziehungsweise Leugnung der akzessorischen Natur der Teilnahme gelangen müßte.

Zum Beweise hiefür beruft man sich darauf, daß nicht wenige Schriftsteller, trotzdem sie Subjektivisten sind, die akzessorische Natur der Teilnahme vertreten.

Diesen Hinweis halten wir für verfehlt um deswillen, weil unser geltendes Recht uns zwingt, uns mit der akzessorischen Natur der Teilnahme irgendwie abzufinden, selbst wenn wir dieselbe vom wissenschaftlichen Standpunkt aus für unbrauchbar erachten. Hievon abgesehen soll nicht geleugnet werden, daß es möglich ist, die akzessorische Natur der Teilnahme und zu gleicher Zeit den subjektiven Standpunkt zu vertreten und umgekehrt, allein dies setzt immer eine Verwässerung der einen oder anderen Theorie voraus.[1])

Es ist denn auch einer der Hauptvorwürfe, die v. Birkmeyer in seiner Teilnahmelehre gegen unseren obersten Gerichtshof erhoben hat, der, daß er, obwohl in v. Burischem Fahrwasser segelnd, die akzessorische Natur der Teilnahme anerkannte.

Neuestens nun nimmt v. Birkmeyer in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil Bd. II S. 4 diesen Vorwurf merkwürdigerweise zurück. Er sagt:

„Die akzessorische Natur der Teilnahme muß von jedem anerkannt werden, der überhaupt an dem Begriff der Teilnahme festhält, mag er im übrigen der objektiven oder subjektiven Teilnahmetheorie huldigen."

Allein dagegen ist zu bemerken, daß die v. Burische Kausaltheorie zur Verwerfung des Teilnahmebegriffs überhaupt führt.

[1]) Sicherlich kann man auch ohne jede Theorie zu brauchbaren Ergebnissen gelangen, wie überhaupt im letzten Grunde die Praxis das entscheidende Wort spricht.

Es ist daher auch das weitere Zugeständnis v. Birkmeyers,[1]) daß er die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme durch das geltende Recht nicht als Beweis dafür in Anspruch nehme, daß es auf dem Boden der objektiven Theorie stehe, bedeutungslos.

§ 17. Fortsetzung von § 16, zugleich Schlußbetrachtung.

Allein auch wenn man der Anschauung ist, daß sich subjektive Theorie und akzessorische Natur der Teilnahme nicht vertragen, so dürfte man daraus, daß unser geltendes Recht die akzessorische Natur der Teilnahme anerkannt hat, doch nicht folgern, daß es auf dem Boden der objektiven Theorie steht.

Der Gesetzgeber steht so wenig auf dem Boden der subjektiven wie der objektiven Theorie. Für ihn existieren derlei wissenschaftliche Kontroversen nicht. Er schafft die Gesetze unbekümmert um theoretische Konstruktionen, frei nach den realen Bedürfnissen des Lebens und dem natürlichen Empfinden des Einzelnen.

Aufgabe der Wissenschaft ist es, all das, was der Gesetzgeber, ich möchte sagen, in Naivität geschaffen, seinem inneren Wesen nach zu erforschen, die leitenden Gedanken herauszufinden, überhaupt den Stoff wissenschaftlich zu durchdringen.

Wenn wir vorhin bemerkten, daß der Gesetzgeber sich bei Schaffung der Gesetze vom natürlichen Empfinden leiten lasse, so fragt sich, ob die akzessorische Natur der Teilnahme nicht doch vielleicht eine innere Berechtigung hat?

Ja, etwas Wahres ist an der akzessorischen Natur der Teilnahme. Unser Gesetzgeber knüpft im allgemeinen seine Strafe an das Setzen einer in der Außenwelt sich zeigenden verbrecherischen Handlung, nicht an den verbrecherischen Willen an. Er geht daher vom verbrecherischen Erfolg aus und kommt so, rückwärts die Kausalitätsreihe verfolgend, zunächst zu dem, der den Erfolg unmittelbar hervorgebracht hat — dem Täter — und dann erst zu dem, der ihn mittelbar hervorgebracht hat — dem Teilnehmer —.

Also ist maßgebend für die Frage der Strafbarkeit der Teilnehmer das, was der Täter getan, wie dessen Tun ja auch zuerst, da in sinnenfälliger Weise hervortretend, den Arm der Gerechtigkeit in Bewegung setzt.

Der richtige Kern, der in der akzessorischen Natur der Teilnahme steckt, ist der, daß für die Frage, welches Strafgesetz für den Teilnehmer Anwendung findet, maßgebend ist die äußere durch den Täter hergestellte Verbrechensfigur.

Allein etwas ganz anderes besagen die §§ 48 und 49 des StGB. und unseres Erachtens kann dem Gesetzgeber nicht der Vorwurf erspart werden, daß er den aus dem natürlichen Empfinden sich ergebenden Grundsatz in unrichtiger Weise juristisch formuliert hat.

[1]) l. c. Anm. 2.

Daher ist auch die akzessorische Natur der Teilnahme wissenschaftlich nicht zu begründen. Wir haben gesehen, an Versuchen hiezu hat es nicht gefehlt; Vertreter der subjektiven wie der objektiven Theorie haben sich in gleicher Weise bemüht, des Rätsels Lösung zu finden; die Mühe war vergebens und wird es auch in Zukunft sein.

Die akzessorische Natur der Teilnahme widerspricht dem Fundamentalprinzip unseres Strafrechts, dem Prinzip der individuellen Haftung; daher hat sie keine Existenzberechtigung. Sie ist aber zugleich eine höchst überflüssige Institution. Denn bei richtiger Betrachtung lösen sich, wie wir dargelegt haben, die Teilnahmeformen auf und wir gelangen zu dem einzigen Begriff der Täterschaft:

Der Anstifter ist uns intellektueller Urheber, der Gehilfe Mittäter, der von dem gesetzlichen Begriff des Mittäters (§ 47) sich lediglich in quantitativer Beziehung unterscheidet.

Man wird uns den Einwand bringen:

Das bedeutet einen Rückschritt der Gesetzgebung.

Während man bisher drei Teilnahmeformen unterschied, während sich bisher die Wissenschaft heiße Mühe gab, präzise Unterscheidungsmerkmale zwischen den einzelnen Teilnahmeformen aufzustellen, soll jetzt „durch die geistige Arbeit der größten Kriminalisten aller Jahrhunderte auf dem Gebiet der Teilnahmematerie ein dicker Strich gezogen und die Zensur „unbrauchbar" darunter geschrieben werden".[1])

Ist in diesem Vorgehen nicht eine Bankrotterklärung des menschlich-juristischen Geistes zu finden?

Wir verneinen diese Frage auf das allerbestimmteste.

Hinsichtlich der Anstiftung haben wir bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß gerade ein erst im Anfangsstadium begriffenes Recht an den in der Außenwelt realisierten Erfolg anknüpfend die Strafe des Teilnehmers nach dem Gesetze bestimmen wird, das für den Täter Anwendung findet; wogegen mit der Verfeinerung des Rechts das Schwergewicht von der Tat weg zu dem verbrecherischen Willen hin sich verschiebt, was dazu führt, den Anstifter als intellektuellen Urheber anzusehen.

Was den Gehilfen betrifft, so ist folgendes zu bemerken:

Solange man nur quantitativ weit auseinanderliegende Tätigkeitsakte des Gehilfen und Täters miteinander verglich, konnte man zu der irrigen Anschauung gelangen, es handle sich hiebei um qualitative Verschiedenheiten.

Als man aber daran ging, die Fülle der Fälle, die das tägliche Leben in immer abwechselnder Mannigfaltigkeit bot, mit den aufgestellten Unterscheidungsmerkmalen zu vergleichen, war das Ergebnis, daß alle die Definitionen, die man für den Gehilfen im Gegensatze

[1]) Vergleichende Teilnahme l. c. S. 7.

zum Täter aufstellte, versagten; denn darüber herrscht Einigkeit, daß es bis heute nicht gelungen ist, ein begriffliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Mittäter und Gehilfen zu finden.

Auch in Zukunft wird dieses Ziel nicht erreicht werden, weil es eben an einer qualitativen Verschiedenheit zwischen Mittäter und Gehilfen fehlt.

Aus diesen Gründen können wir in der Aufgabe der Unterscheidung der einzelnen Teilnahmeform einen Rückschritt der Wissenschaft nicht erblicken, es müßte denn sein, daß man das Aufgeben von unfruchtbaren Unterscheidungen als Rückschritt ansieht.

Es ringt sich denn auch mehr und mehr die Überzeugung durch, daß die Teilnahmelehre unseres geltenden Rechtes wissenschaftlich und praktisch nicht zu halten sei und daß das neue Strafgesetzbuch gerade in dieser Beziehung einschneidende Änderungen zu bringen habe.

Die Verhandlungen der J. K. V., insbesondere des Jahres 1903 ergeben die Richtigkeit des Gesagten.

Aber auch hinsichtlich der Frage, in welcher Weise die Neuregelung der Materie zu erfolgen habe, scheint Übereinstimmung zu bestehen: Es sollen, entsprechend der hier vertretenen Anschauung die einzelnen Teilnahmeformen aufgelöst und in Täterschaft umgewandelt werden.

Daß dies das Ziel war, welchem man zustrebte, folgt unseres Erachtens aus den Vorträgen Harburgers und Heimbergers.[1]) Letzterer betont noch ausdrücklich, daß damit auch von selbst der sogenannte akzessorische Charakter der Teilnahme mit seinen unerwünschten Konsequenzen wegfalle.

Liest man allerdings die von der Versammlung schließlich angenommenen Leitsätze, so wird man nicht sagen können, daß das erstrebte Ziel erreicht worden wäre.

Denn die Leitsätze lassen alles beim alten mit der einen Ausnahme, daß sie die Unterscheidung zwischen Täter- und Gehilfenschaft aufgeben.

Insbesondere scheint uns der akzessorische Charakter der Teilnahme bestehen geblieben zu sein; denn wenn Leitsatz I bestimmt, daß die auf die Handlung angedrohte Strafe jeden Teilnehmer trifft, so heißt das doch nichts anderes, als daß das Gesetz, welches für die Bestrafung des Täters maßgebend ist, auch auf den Teilnehmer Anwendung findet.

v. Birkmeyer ist daher vollständig im Recht, wenn er S. 91 der vergleichenden Darstellung bemerkt, daß sich für die J. K. V. als notwendig alle Konsequenzen der akzessorischen Natur ergeben, ein Ergebnis, das jedenfalls von der J. K. V. nicht beabsichtigt war.

Unsere früheren Darlegungen haben bereits gezeigt, daß wir es für das Richtige hielten, die einzelnen Teilnahmeformen aufzulösen, sie in Täterschaft umzusetzen und außerdem noch ein besonderes Verbrechen der Verführung zu schaffen.

---

[1]) Mitteilungen der J. K. V. 11 S. 513 ff.

So radikal übrigens, als der Vorschlag auf den ersten Blick erscheinen möchte, ist derselbe nicht.

Auch nach geltendem Recht wird der Anstifter hinsichtlich der Bestrafung dem Täter gleichgestellt. Da ferner das Reichsgericht auf dem Boden der v. Burischen Kausaltheorie steht, tritt auch in den meisten Fällen, in denen vom objektiven Standpunkt aus Beihilfe vorliegt, Bestrafung wegen Mittäterschaft ein.

Es bleiben also nur die wenigen Fälle übrig, in denen der Gehilfe animo socii handelte.

Um auch hier zu einer gerechten Bestrafung zu gelangen, wäre eine Bestimmung am Platze, welche den Richter ermächtigt, bei Vorliegen mildernder Umstände unter das gesetzliche Strafminimum herabzugehen.

Wenn also unsere Anschauung dazu führt, die Teilnehmer hinsichtlich der Bestrafung dem Täter gleichzustellen, so können wir in dieser Konsequenz nichts Unerhörtes finden.

Sollte aber unser Vorschlag immer noch zu radikal erscheinen, so sollte wenigstens die akzessorische Natur der Teilnahme so verwertet werden, wie dies dem berechtigten Kern, den wir in ihr gefunden haben, entsprechen würde.

Wir glauben, daß die seinerzeit besprochenen Herzogschen Ausführungen, die wir de lege lata verwerfen mußten, den richtigen Fingerzeig geben. Würde eine entsprechende Formulierung des Gedankens gefunden, daß für das Strafgesetz, welches auf den Teilnehmer Anwendung findet, maßgebend ist, die äußere Verbrechensfigur, wie sie der Täter hergestellt hat, so wären unter Schonung der von der Wissenschaft so liebevoll behandelten Formen der Anstiftung und Beihilfe wenigstens die unerwünschten Konsequenzen der akzessorischen Natur der Teilnahme vermieden.